

MARCELLI NOTAE AD IULIANI
DIGESTA

JÜRGEN RASTÄTTER

1980

MARCELLI NOTAE AD IULIANI
DIGESTA

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.



vorgelegt von

JÜRGEN RASTÄTTER

aus Karlsruhe



Dekan: Prof. Dr. A. Dieckmann

Erstgutachter: Prof. Dr. J.G. Wolf

Zweitgutachter: Prof. Dr. E. Bund

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Dezember 1980.

Meiner lieben Frau

gewidmet

Vorwort

Die Arbeit ist vom Verfasser im August 1979 abgeschlossen worden und berücksichtigt die bis dahin erschienene Literatur. Sie ist im Wintersemester 1980/81 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg als Dissertation angenommen worden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Lehrer und Betreuer der Arbeit, Herrn Professor Joseph Georg Wolf. Er war es, der mein Interesse am Römischen Recht geweckt und meine Studien stets nachdrücklich gefördert hat.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch Herrn Professor Detlef Liebs. Er hat während meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl als wissenschaftlicher Assistent in zahlreichen Gesprächen zur Klärung mancher Probleme beigetragen.

Eine Hilfe war mir darüber hinaus das tägliche Gespräch mit meinen Mitdoktoranden Jost Henrich Jung, Bernd Eckardt, Klaus Peter Müller, Ulrich Manthe und Hannes Lehmann. Ihnen sei auch an dieser Stelle noch einmal gedankt.

Bietigheim, im August 1981

J. R.

THE SECRET OF THE EASTERN ISLANDS
AND THE HISTORY OF THE ISLANDS OF THE
PACIFIC OCEAN, FROM THE DISCOVERY OF
THE ISLANDS BY THE PORTUGUESE TO THE
PRESENT TIME.

BY
JAMES CLARKE, ESQ., F.R.S., F.R.A.S.,
F.R.G.S., F.R.H.S., F.R.I.C., F.R.I.A.,
F.R.I.N., F.R.I.S., F.R.I.T., F.R.I.C.,
F.R.I.A., F.R.I.N., F.R.I.S., F.R.I.T.,

IN TWO VOLUMES.
LONDON:
PRINTED BY J. JOHNSON, ST. PAUL'S CHURCH-YARD,
1795.

THE FIRST PART OF THIS WORK
WAS PRINTED BY J. JOHNSON, ST. PAUL'S CHURCH-YARD,
1795.

THE SECOND PART OF THIS WORK
WAS PRINTED BY J. JOHNSON, ST. PAUL'S CHURCH-YARD,
1795.

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Marcellus.....1
	I. Datierung (1)
	II. Herkunft und Ämterlaufbahn (3)
	III. Anekdotisches (11)
	IV. Juristisches Werk und Schulenzugehörigkeit (12)
§ 2	Methodologische Prolegomena zur Kritik der römischen Rechtsquellen..17
	I. Zum Stand der Textkritik (17)
	II. Bedeutung des Befundes für die Noten Marcells (21)
§ 3	Notae als Gattung der römischen Rechtsliteratur.....23
	I. Begriff und Eigenart (23)
	II. Herkunft und Zweck (27)
§ 4	Marcells notae zu Julian: eine selbst- ständige Schrift oder Bestandteil der Julianschen Digesten (Neuausgabe)?..30
	I. 1. Die Überlieferungsform der Noten im 6. Jahrhundert (30)
	2. Die Überlieferungsform in klassischer Zeit (32)
	II. Versuch einer Datierung des Er- scheinungszeitpunktes der notae (38)
§ 5	Erklärende Noten.....40
	I. Regelbildung
	1. D.26.8.12 (Jul. 21 dig.) (41)
	2. D.28.5.5 (Jul. 29 dig.) (43)
	3. D.50.17.66 (Jul. 60 dig.) (48)
	4. D.12.1.14 (Ulp.29 ed.) (51)
	II. Regelpostulation
	1. D.30.82 §§ 2 u. 3 (Jul.33 dig.) (57)
	2. D.4.6.41 (Jul.35 dig.) (59)
	3. D.46.8.22 §§ 4 u.5 (Jul.56 dig.) (63)
	4. D.36.1.28.11 (Jul.40 dig.) (66)
	5. D.15.1.16 (Jul.12 dig.) (70) und D.15.1.7.1 (Ulp.29 ed.) (72)
	III. Abgrenzung des Geltungsbereichs der Julianentscheidung durch Sachver- haltsvariierung
	1. D.39.6.13 pr. und § 1 (Jul.17 dig.) (75)
	2. D.35.2.34 (Jul.42 dig.) (82)

3. D.35.2.75 (Jul.40 dig.) (86)
4. D.36.1.28.6 (Jul.40 dig.) (90)
5. D.36.1.28.7 (Jul. 40 dig.) (92)
6. D.31.82.2 (Paul 10 quaest.) (94)
7. D.16.3.1.22 (Ulp.30 ed.) (98)
- IV. Ergebnisse und Folgerungen (101)

§ 6 Systemtreue und Traditionalismus als Grundlagen der Marcellischen Juliankritik in den
Noten.....104

I. Beispiele

1. D.4.4.11 §§ 4 und 5 (Ulp. 11 ed.) (106)
2. Fr. arg. 12 (Ulp.3 disp.) (109)
3. D.42.4.3.pr. (Ulp.39 ed.) (112)
4. D.9.2.11.3 (Ulp.18 ed.) (116)
5. FV 75.3 (Ulp.17 Sab.) (123)
6. D.7.6.1.pr. (Ulp.18 ed.) (130)
7. D.15.1.9.8 (Ulp.29 ed.) (135)
8. D.34.3.5.2 (Ulp.23 Sab.) (139)
9. D.19.1.23 (Jul. 13 dig.) (145)
10. D.48.10.14.1 (Paul 22 quaest.) (150)
11. D.7.1.25.1 (Ulp.18 Sab.) (154)
12. D.46.1.8.8 (Ulp 47 Sab.) (158)

II. Ergebnisse und Folgerungen (163)

§ 7 Ansätze zur Rechtsfortbildung in den
Noten.....135

I. Rechtsfortbildung durch Anlehnung
an gleichgelagerte Konstellationen

1. D.39.6.15 (Jul.27 dig.) (170)
2. D.35.1.20 (Jul.27 dig.) (172)

II. Dogmatisch begründete Differenzierungen

3. D.16.1.8.2 (Ulp.29 ed.) (177)
4. D.30.92.pr. (Jul.39 dig.) (183)
5. D.34.3.3.5 (Ulp.23 Sab.) (186)
6. D.28.5.40 (Jul.30 dig.) (189)
7. D.15.3.14 (Jul.12 dig.) (193)
8. D.19.2.41 (Ulp.5 ed.) (197) und
D.50.16.9 (Ulp.5 ed.) (199)
9. D.4.2.9.8 (Ulp.11 ed.) (204)
10. CJ 7.7.1 § 1a (209)

III. Am Wortlaut eines Rechtsgeschäfts
orientierte Interpretation

11. D.33.9.1 (Ulp.24 Sab.) (215)
12. D.36.1.26.pr. (Jul.39 dig.) (221)
13. D.23.3.44.1 (Jul.16 dig.) (227)

IV. Extensive Interpretation von Gesetzen
und Klagformeln

14. D.41.3.15.pr. (Paul 15 Plaut.) (233)
und D.49.15.12.2 (Tryph.4 disp.) (237)
15. D.7.1.12.5 (Ulp.17 Sab.) (239)
16. D.8.5.4.5 (Ulp.17 ed.) (243)
17. D.5.3.13.13 (Ulp.15 ed.) (246)

V. Ergebnisse und Folgerungen (250)

§ 8	Zweckmäßigkeitserwägungen und moralisierende Wertungen in den Noten.....	256
	I. Beispiele	
	1. D.29.2.42.pr. (Ulp.4 disp.) (257) und D.29.2.40 (Ulp.4 disp.) (263)	
	2. D.36.1.3.pr. (Ulp.3 fid.) (273)	
	3. D.37.4.17 (Ulp.35 Sab.) (280)	
	4. D.5.1.75 (Jul.46 dig.) (285)	
	II. Ergebnisse und Folgerungen (290)	
§ 9	Ergebnisse.....	298

Abkürzungen

Zeitschriften, Festschriften, Reihen usw. werden durchweg nach den Kaser'schen Handbüchern zitiert, auf deren Abkürzungsverzeichnisse deshalb generell verwiesen wird.

Darüber hinaus werden abgekürzt:

Beseler, Beiträge 1 - 5

Gerhard Beseler,
Beiträge zur Kritik
der römischen Rechts-
quellen (Tübingen) 1
(1910); 2 (1911); 3
(1913); 4 (1920); 5
(1931)

Heumann/Seckel,
Handlexikon

Heumanns Handlexikon
zu den Quellen des rö-
mischen Rechts, 9. Aufl.
neubearbeitet von Emil
Seckel (Jena 1926); un-
veränderter Nachdruck:
11. Aufl. Graz 1971

Kaser, RP I² / II²

Max Kaser, Das Römische
Privatrecht. Erster Ab-
schnitt: Das altrömische,
das vorklassische und
klassische Recht, 2. neu-
bearb. Aufl. (München
1971).

Zweiter Abschnitt: Die
nachklassischen Entwick-
lungen, 2. Neubearb.
Aufl. mit Nachtr. zum
ersten Abschnitt (Mün-
chen 1975).

(Handbuch der Altertums-
wissenschaft, 10. Abt. 3.
Teil, 3. Band, 1.u.2. Ab-
schnitt.)

Kaser, RZP

Max Kaser, Das römische
Zivilprozeßrecht (Mün-
chen 1966).

(Handbuch der Altertums-
wissenschaft, 10. Abt., 3.
Teil, 4. Band).

Lenel, Pal.

Otto Lenel, Palingenesia
Iuris Civilis, Volumen pri-
mus (Lipsiae 1889); Volum
alterum (Lipsiae 1889).

Lenel, EP ³

Otto Lenel, Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. verbesserte Aufl. Leipzig 1927.

Mommensen, Dig.

Digesta Iustiniani Augusti, recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero Th. Mommsen, Vol. I/II (Berolini 1870)

§ 1 M a r c e l l u s

Die Biographie¹ des Juristen Marcellus muß sich in Anbetracht der spärlichen Quellen größtenteils auf Vermutungen gründen.

Während die Inschriften der Digestenfragmente nur sein Kognomen nennen, überliefern die *Scriptores Historiae Augustae*² auch das Gentile Ulpus. Die *Scriptores* und D. 28.4.3 pr. (Marc. 29 dig.)³ belegen sein Wirken als Jurist im Staatsrat der Kaiser Antoninus Pius und Marcus Aurelius. Sie sind zugleich die einzigen Quellen, die mit hinreichender Sicherheit unseren Juristen in der Ausübung eines öffentlichen Amtes bezeugen.

I. Das Geburtsdatum des Juristen ist nicht überliefert. Durch Rückschlüsse läßt es sich jedoch ermitteln. Aus D. 28.4.3 pr. (Marc. 29 dig.)⁴ sowie D. 4.1.7 pr. (Marc. 3 dig.)⁵ wissen wir, daß Marcell seine Digesten unter den *divi fratres* (161-

1 Literatur hierzu: Tydemann, *De L. Upii Marcelli Icti vita es scriptoris Traj. ad Rh.* (1762), in *Delrichts Th. nov.* Vol. I, T. 1 Nr. 1; Seger, *Ulpus Marcellus*, in *De apolline iurisperito praeside C. F. Hommelio respondente S.F. Olbrecht* (1768); Vécéy, *Lucius Ulpus Marcellus* (1881); Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte I* (1885) 731 ff.; Kalb, *Roms Juristen* (1890) 88 ff.; Th. Mommsen, *Gesammelte Schriften II* (1905) 13; Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander* (1908) 60 ff.; Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts* (1912) 213 ff.; Kipp, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts* (1919) 132 ff.; Kübler, *Geschichte des römischen Rechts* (1925) 274; Fluss, *Art. Marcellus in RE* 14,2 (1930) 1490 ff.; Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts* (1953) 510 ff.; Schanz-Hosius, *Geschichte der römischen Literatur* (1959) 200 ff.; Mayer-Maly, *Art. Ulpus Marcellus in RE* 9 A 1 (1961) 570 ff.; Honoré, *Julian's Circle*, *TS* 32 (1964) 24 ff.; Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*² (1967) 213 ff.

2 *Vita A. Pii* 12,1.

3 *Proxime in cognitione principis.... Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus.* ..Marcellus zitiert hier einen im *consilium principis* entschiedenen Fall. Q. Servilius Pudens und L. Fufidius Pollio waren Konsuln im Jahre 166 n.Chr., vgl. G. Alföldy, *Konsulat und Senatorenstand* (1977) 180.

4 oben Fn. 3: Referat aus dem *Konsilium* im Jahre 166.

5 Marcellus nennt Pius im 3. Buch seiner Digesten *divus*.

169) geschrieben hat. Wie bei Celsius und Julian sind die Digesten auch bei Marcell das Hauptwerk. Ihr Hauptwerk aber werden die Juristen kaum vor ihrem 30. Lebensjahr, wahrscheinlich in einem späteren Lebensalter verfaßt haben⁶. Legt man ein Alter von 35 Jahren als Beginn für die Abfassung des Werkes zugrunde, so gelangt man zu einem Geburtsdatum zwischen 126 und 134 n. Chr. Weiterhin dürfen wir annehmen, daß Marcellus älter⁷ ist als Cervidius Scaevola, der die Marcellischen Digesten mit Noten versehen hat⁸. Dessen Geburt dürfte um das Jahr 135 zu datieren sein⁹. Etwa derselbe Zeitpunkt als terminus ante quem läßt sich aus der vita Pii 12,1 ermitteln. Die gleichzeitig nach Rang¹⁰ und Alter¹¹ gegliederte Liste der Mitglieder des Staatsrates nennt unseren Juristen - abgesehen von dem verderbten Diabolenus am Schluß - an letzter Stelle. Als Mitglied dieses bedeutenden Gremiums wird Marcellus kaum jünger als 25 Jahre gewesen sein. Vom Tode des Kaisers Antoninus Pius zurückgerechnet, gelangt man so zu einem Geburtszeitpunkt spätestens im Jahre 136. Man muß sich mangels weiterer genauerer Datierungsmöglichkeiten¹²

6 Julians Digesten wurden wohl in den Jahren 145-159 geschrieben, Honoré, Gaius (1962) 46 ff., 53; vgl. auch Bund, Salvius Julianus, Leben und Werk, in ANRW II, 15 (1976) 432 ff.: jedenfalls nach 148. In D. 40.2.5 (Jul 42 dig.) erwähnt Julian seinen Konsulat, den er 148 innehatte. Julian war dann bei der Abfassung seiner Digesten 35 bis 45 Jahre alt.

7 Honoré (oben Fn.1) 25 ff. unter Hinweis auf D. 41.3.10.2 (Ulp. 16 ed).

8 Vgl. die Nachweise bei Lenel Pal. II 270 Fn. 5.

9 Honoré, The Severan Lawyers, in SD 28 (1962) 205.

10 Pflaum, La valeur de la source inspiratrice de la vita Pii a la lumière des personnalités nommément citées, in BHA Coll. 1964/65 S. 148.

11 Honoré, (oben Fn. 1) S. 26

12 Nicht beigetreten werden kann dem Versuch einer genaueren Datierung (126-133) durch Honoré 27, der durch Rückschlüsse von der Schließung der sabinianischen Rechtsschule die Geburt unseres Juristen ermitteln will. Honorés Annahme einer Schließung der sabinianischen Rechtsschule in den Jahren 142 bis 149 ist - wie neuerdings Liebs, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, in ANRW II, 15 (1976) 282 ff. gezeigt hat - nicht nur völlig unbewiesen, sondern auch unwahrscheinlich.

demnach bei der Fixierung des Zeitpunktes der Geburt unseres Juristen wohl mit dem relativ sicheren terminus ante quem um 135/136 und einem weniger sicheren terminus post quem um 126 begnügen, wobei das richtige Datum eher in der ersten Hälfte dieses Zeitraumes liegen dürfte.

II. Senatorische Ulpri Marcelli sind uns in mehreren Inschriften belegt:

CIL III 3307, 10285 = ILS (Dessau) 3795 (Sopinae, heute Fünfkirchen:

VIRTUTI ET HONORI L VLPPIUS MARCELLUS LEG AVG PR PR PANNON
INF V S

CIL VII 504 = ILS (Dessau) 4715 = RIB 1329 = LS 21 = Eph.
Epigr. 7,1008 (Benwell, Hadrianswall):

DEO ANOCITICO IVDICIIS OPTIMORVM MAXIMORVMQVE IMPP N SVB
VLP MARCELLO COS TINEIVS LONGVS IN P(RE)FECTVRA EQVITV(M)
LATO CLAVO EXORNATVS ET Q D.

RIB 1463 = Eph.Epigr. 9,1171 (Cilurnum, heute Chesters):
AQVA ADDVCTA ALAE II ASTVR SVB VLP MARCELLO LEG AVG PR PR.

CIL VII 592 = RIB 1464 = JRS 28 (1938) 202 = LS 124
(Cilurnum):

ALA) II AST(VRVM SVB) VLPID (MARCELLO LE) G PR (PR).

Es hat daher an Versuchen nicht gefehlt, den Statthalter Unterpannoniens L.Ulpri Marcellus¹³ sowie den Statthalter von Britannien unter Commodus Ulpri Marcellus¹⁴ mit dem Ju-

13 Inschrift CIL III 3307, 10285

14 Cass. Dio LXXII 8, 2-6; auf diesen Statthalter werden zum Teil auch die anderen obengenannten Inschriften bezogen; Wright, RIB 1329; Haverfield, Archaeol. Ael.²¹⁹ (1897) 179; Atkinson, The Governors of Britain from Claudius to Diocletian, in JRS 12 (1922) 68. Nicht den Statthalter unter Commodus, sondern wohl einen gleichnamigen Provinzchef unter Caracalla betrifft die Inschrift CIL VII 963, Atkinson 73; Fluss, Art. Marcellus in RE 14,2 (1930) 1490 ff.; Hübner zu CIL VII 963.

risten gleichen Namens zu identifizieren¹⁵. Indessen ist schon fraglich, ob die beiden Legaten von Unterpannonien und Britannien ein- und dieselbe Person waren¹⁶. Dagegen spricht, daß die Statthalter Unterpannoniens bei regelmäßiger Beförderung nicht die Statthalterschaft Britanniens erlangten¹⁷. Die konsularen britannischen Legaten kamen vielmehr in der Regel aus den beiden Germanien oder aus Moesien¹⁸. Andererseits fehlt es auch nicht an Anhaltspunkten dafür, daß bei der Besetzung des Statthalterpostens der Provinz Britannia um das Jahr 180 von dem eingefahrenen Beförderungsschema ab-

-
- 15 So Karlowa I, 731; Fitting 60; Dessau PIR¹ V Nr. 556 ff.; P. Krüger 213, der Identität mit dem Statthalter von Unterpannonien nicht aber mit dem Britanniens annimmt; Kipp 132 äußert sich nur zur Gleichsetzung des Juristen mit dem Statthalter von Pannonia inferior, die er für wahrscheinlich hält. Personengleichheit bejahen auch Kübler 274; Honoré TS 32 (1964) 27 ff.; die Frage wird offengelassen von Ritterling, Pannonia inferior halytartói Trajanustól kezdve (Legati pro praetore von Pannonia inferior seit Trajan) in Arch. Ert. 41 (1927) 71; ablehnend: Hüttl, Antoninus Pius I (1936) 81; Schanz-Hosius 200 ff.; Crook, Consilium principis 67; Kunkel 213 u. Fn. 406; Pflaum, La valeur de la source inspiratrice de la vita Pii a la lumière des personnalités nommément citées, in BHA Coll. 1964/65 148 ff.; Eck, Art. Ulpius Marcellus in RE Suppl. 14 (1974) 941; offengelassen von Ebner, Art. Ulpius Marcellus in Der Kleine Pauly (1975) 1044.
- 16 Außer den oben Fn. 15 Genannten bejahen dies: Atkinson 68 ff.; Lambrechts, La composition du sénat romain (1936) 134; Degrassi, I fasti consolari dell'imperio romano (1952) 50; F. Grosso, La lotta politica al tempo di Commodo (1964) 176 ff.; Fitz, Legati Augusti pro praetore Pannoniae, in Acta Antiqua Hung. 11 (1963) 273 ff.; ders., Art. Ulpius in RE Suppl. 10 (1965) 1031 ff.; ders., nunmehr zweifelnd in Alba Regia 10 (1969) 179 ff. sowie, The Governors of Pannonia inferior, in Alba Regia 11 (1971) 148; Dobš, Die Verwaltung der römischen Provinz Pannonien (1968) 65 ff.; Winkler, Art. Ulpius, in Der Kleine Pauly (1975) 1044 ff.; G. Alföldy, Konsulat und Senatorenstand unter den Antoninen (1977) 198, 252; verneinend: P. Krüger 213; A. Birley, The Roman governors of Britain, in Epigraphische Studien 4 (1967) 76; nicht in der Lage, die Frage zu entscheiden, sieht sich Eck (oben Fn. 15) 941.
- 17 Fitz, Alba Regia 10 (1969) 179 ff.
- 18 Dobš (oben Fn. 16) 65; Acta Antiqua Hung. 11 (1963) 245 ff. 306 ff.; ders. Helikon 3 (1963) 373 ff.; vgl. auch Eck, Beförderungskriterien der senatorischen Laufbahn, in ANRW II, 1 (1974) 212 u. Fn. 276 (für die Zeit von Vespasian bis Hadrian).

gewichen worden ist: M. Didius Julianus, Statthalter von Germania inferior von 177 bis 180¹⁹ und damit natürlicher Kandidat für die britannische Statthalterschaft, stand unter dem Verdacht des Hochverrats²⁰. Die Lösung der Identifizierungsfrage wird weiterhin dadurch erschwert, daß sowohl die pannonische Inschrift²¹ als auch die britannischen Inschriften²² nicht eindeutig zu datieren sind. Indem zur zeitlichen Einordnung des pannonischen Zeugnisses auf die britannischen Inschriften zurückgegriffen wird, setzt man voraus, was zu beweisen wäre: die Identität der beiden Ulpri Marcelli. Die britannischen Inschriften CIL VII 504 und RIB 1463, 1464 wurden auf den durch Cass. Dio²³ überlieferten, von Commodus im Jahre 181²⁴ nach Britannien gesandten Ulpri Marcellus bezogen²⁵. CIL III 3307, 10285 setzte man in den Zeitraum zwischen 169 und 173/74²⁶. In diesem Falle wäre der Konsulat des pannonischen Statthalters Ulpri Marcellus in die Jahre 173/74²⁷ zu

19 G. Alföldy (oben Fn.16) 228

20 Vita Didii Jul. 2, 1; A. Birley (oben Fn.16) 76

21 CIL III 3307, 10285

22 CIL VII 504 und RIB 1463

23 Cass. Dio LXXII 8, 2-6

24 Atkinson 68 datiert CIL VII 504 zwischen 176 und 180 und nimmt als wahrscheinlich ein Kommando des Ulpri Marcellus von 179 bis 184 an. Die neuere Forschung (Birley 75 ff., Stanton, Marcus Aurelius, Lucius Verus and Commodus, in ANRW II, 2 (1975) 513 ff.) setzt die Statthalterschaft in die Jahre 181-184.

25 Haverfield, Archaeol. Ael.² 19 (1897) 179; Dessau PIR¹ V Nr. 557; Atkinson 68; Ritterling (oben Fn.15) 290; Degraffi 50; Dobó 65.

26 Lambrechts (oben Fn.16) 135, Mayer-Maly (oben Fn.1) 570, Kunkel 213 Fn. 406 votieren für die Zeitspanne 169 bis 176. Dobó 65 begrenzt die Tätigkeit des pannonischen Provinzstatthalters Ulpri Marcellus auf das Jahr 174, G. Alföldy 198 auf den Zeitraum 170 bis 173. Nach dem Dafürhalten der beiden letztgenannten Autoren stand im Jahre 174 (Dobó) bzw. schon im Jahre 173 (Alföldy) C. Vettius Sabinus als Nachfolger des Ulpri Marcellus an der Spitze der Provinz.

27 Mócsy, Art. Pannonia in RE Suppl. IX (1962) 591; G. Alföldy 198; zur Beförderungsdauer von der Provinzstatthalterschaft zum Konsulat vgl. Eck (oben Fn.18) 198 ff.

datieren²⁸. Die Richtigkeit der Beziehung von RIB 1329, 1463, 1464 auf den unter Commodus tätigen Statthalter ist jedoch höchst fraglich²⁹. Nach dem Bericht Dios³⁰ schickte Commodus Ulpius Marcellus gegen die aufständischen Briten. Hingegen läßt RIB 1329 vermuten, daß der inschriftlich genannte Ulpius Marcellus Statthalter unter zwei Kaisern war. Trifft es zu, daß die Inschriften von Chesters³¹ sich auf einen gleichnamigen Statthalter zu Beginn des 3. Jahrhunderts beziehen³², so dürfte RIB 1329 ebenfalls ins 3. Jahrhundert zu datieren sein, und die genannten zwei Kaiser wären in diesem Fall Caracalla und Geta³³ (211 n. Chr.); die Inschriften RIB 1463, 1464 (212 n. Chr.) wären mit Caracalla in Verbindung zu bringen³⁴. Müssen wir aber mit zwei namensgleichen Statthaltern von Britan-

28 Allerdings ist die Rangstellung der niederpannonischen Statthalter um 170 nicht bekannt. Von einem der Vorgänger des Ulpius Marcellus, Ti. Claudius Pompeianus (wohl 164-167) wird von Groag PIR² C 973, Fitz, Acta Antiqua Hung. 11 (1963) 270 ff. vermutet, daß er konsularischer Statthalter gewesen sei. Der Grund dieser Annahme ist die wegen des Markomannenkrieges erforderlich gewordene Stationierung der legio II Italia neben der legio II adiutrix um das Jahr 167. G. Alföldy 184, 198 setzt allerdings ein Fragezeichen hinter diese Vermutung, da auch bei der - archäologisch nachweisbaren - Anwesenheit zweier Legionen ein gemeinsamer Oberbefehl des pannonischen Statthalters nicht erwiesen sei. Von dem unmittelbaren Nachfolger des Ulpius Marcellus als Statthalter, C. Vettius Sabinus wissen wir, daß er die Statthalterschaft als Prätorier innehatte (G. Alföldy 198).

29 Vgl. E. Birley, Roman Inscriptions from Chesters. A Record of Ulpius Marcellus, in Archaeol. Ael.⁴ 16 (1939) 243 ff.

30 LXXII 8, 2-6

31 RIB 1463 und CIL VII 592 = RIB 1464

32 Die Ala II Asturum ist bekannt als die Garnison des 3. Jahrhunderts von Chesters, E. Birley 243; wie Birley auch Wright zu RIB 1463, 1464.

33 A. Birley (oben Fn. 16) 82.

34 Vgl. die gleichfalls der Regierungszeit Caracallas zuzurechnende Inschrift aus Netherby CIL VII 963 (dazu oben Fn. 14), die ebenfalls einen Ulpius Marcellus als Statthalter bezeugt. Wie hier auch: Fitz, Alba Regia 10 (1969) 179 ff., der daraus den Schluß zieht, Ulpius Marcellus habe in diesem Falle Pannonien als Nachfolger von C. Valerius Pudens zwischen 194 und 197 regiert; Eck (oben Fn. 15) 941.

nien rechnen, so wird eine sichere Datierung der pannonischen Inschrift sehr erschwert. Einen Anhaltspunkt gibt der Altar, auf dem sich die pannonische Inschrift findet. Er ist Virtus und Honor gewidmet und wird flankiert von der Victoria auf der einen, von einem römischen Soldaten oder von Mars mit einen gefangenen Germanen auf der anderen Seite. Man muß wohl diese Darstellung mit einem der beiden Markomannenkriege in Verbindung bringen und die Inschrift in die Anfänge oder Mitte der 70er Jahre des 2. Jahrhunderts datieren³⁵.

Auszuschließen ist aber auf alle Fälle eine Personengleichheit unseres Juristen Ulpius Marcellus mit dem Statthalter Britanniens unter Caracalla³⁶.

Die Chronologie läßt allerdings eine Gleichsetzung des Juristen mit dem britannischen Statthalter unter Commodus sowie mit dem Legaten Unterpannoniens zu, mit diesem aber wohl nur, wenn man die -nicht ganz sichere- Datierung seiner Statthalterschaft in die Jahre 169-173/74 zugrunde legt, kaum jedoch, wenn die pannonische Gesandtschaft in die Jahre 194-197³⁷ fiel.

Der Jurist Ulpius Marcellus hat nach dieser Annahme im Alter von 34 - 43 Jahren als Prätorier die Provinz Pannonia inferior geleitet, war Konsul in einem Alter zwischen 35 und 43 Jahren³⁸ und fungierte schließlich im Alter von 46 - 55 Jahren als konsularer Provinzchef in Britannien³⁹.

Der eben geschilderte Werdegang ist zwar kaum mehr als eine Hypothese, als solche aber nicht unwahrscheinlich⁴⁰. Demgegen-

35 So auch Fitz, Alba Regia 11 (1971) 148.

36 Es ist ganz unwahrscheinlich, daß ein inzwischen 76-85 jähriger Greis eine so bedeutende Provinz wie Britannien befehligte, in der es immer wieder zu kriegerischen Auseinandersetzungen gekommen ist, wie auch zuletzt im britannischen Krieg des Septimius Severus (208-211).

37 Dazu oben Fn.34

38 Zwischen 169 und 173/74, vgl. oben S.5 u. Fn.27

39 181-184; vgl. auch den cursus honorum unseres Juristen bei Honoré (oben Fn.1) 28.

40 Vgl. die oben Fn.15 zitierten zustimmenden Autoren.

über haben in neuerer Zeit Kunkel⁴¹ und im Anschluß an ihn Eck⁴² Bedenken gegen diese Identifizierung angemeldet. Soweit die Chronologie in Frage steht, können wir diese Bedenken nicht teilen. Insbesondere ist die Annahme, bei dem Statthalter Pannoniens und Britanniens handele es sich um einen Sohn unseres Juristen⁴³ keineswegs wahrscheinlicher, sondern eher abwegig. Ein wohl frühestens um 126 geborener Mann kann kaum vor 142 einen Sohn gehabt haben. Dieser müßte dann schon mit 27 Jahren prätorischer Statthalter Pannoniens und mit 39 Jahren konsularischer Statthalter Britanniens gewesen sein. Das aber ist, nach allem, was wir über die Beförderungen in der senatorischen Laufbahn wissen⁴⁴, höchst unwahrscheinlich.

Wegen Marcellis Gentilnamens wurde vermutet, daß den Vorfahren des Marcellus das Bürgerrecht von Trajan verliehen worden sei⁴⁵, oder daß der Jurist von einem Freigelassenen dieses Kaisers abstamme⁴⁶. Ulpia Marcelli finden sich vor allem in Rom⁴⁷, vereinzelt auch in Ostia⁴⁸, Aec(u)lanum⁴⁹, Baetica⁵⁰, Pannonien⁵¹, Moesien⁵², Toulouse⁵³, Pisidien⁵⁴, Thya-

41 Oben Fn.1, 213 ff.

42 Oben Fn.15, 941

43 Erwägend schon Dessau PIR¹ V Nr. 557; Hüttl, A.Pius I 81; Lambrechts 135; Kunkel 213 ff.; Eck (oben Fn.15) 941.

44 Eck (oben Fn.18) 181 ff.

45 Kunkel 214 unter Hinweis auf das häufig bei den Ulpia vorzufindende Pränomen Marcus; Eck 941.

46 Kunkel 214; ein Beispiel hierfür ist der M.Ulpia Augusti Liber Marcellus decurio lecticariorum CIL VI 37756 (Rom).

47 CIL VI 1542 = 31676; 2977; 29235; 31151; CIL VI 29234 (Ulpia Marcellina); CIL VI 2457 (Ulpia Marcellianus); CIL VI 2359; 13348; 29372 (Ulpia Marcella); CIL VI 29371 (Ulpia Marcellina).

48 CIL XIV 156; 256

49 CIL IX 6083, 170 (signaculum).

50 CIL II 968 (Ulpia M. f. Marcella).

51 CIL III 4045, 15149 (Ulpia Marcellina).

52 CIL III 12402.

53 CIL XII 5690, 132 (signaculum).

54 Journ. of Hell. Stud. 24 (1904) 113 (Ὀὐλπία Μαρκελλία)

teira⁵⁵ und Smyrna⁵⁶. Hierbei handelt es sich offenbar fast durchweg um kleine Leute, vorwiegend Soldaten. Lediglich der C.Ulpus Marcellus Polybianus⁵⁷ ist senatorischen Ranges. Das früheste sichere Beispiel eines senatorischen Ulpus überhaupt ist C.Ulpus Prastina Pacatus Messalinus, Statthalter von Moesia inferior in den Jahren 151/52⁵⁸. Unter Mark Aurel und Commodus finden sich vermehrt senatorische Ulpii⁵⁹.

Einen Hinweis auf die ritterliche Herkunft des Juristen Marcellus kann man der Liste in HA v.Pii 12,1 entnehmen:

Multa de iure sanxit ususque est iuris peritis Vindio Vero, Salvio Iuliano, Fulvio Valente⁶⁰, Volusio Maeciano, Ulpio Marcello et Diabolenio⁶¹.

Hier werden die Juristen in hierarchischer Reihenfolge⁶² genannt: Vindius Verus war Suffektkonsul im Jahre 138⁶³, der an zweiter Stelle genannte Salvius Julian bekleidete den Konsulat als ordentlicher Konsul 148. Es folgt L.Fulvius Aburnius Valens, von dem wir nur den Beginn seines cursus honorum ken-

55 IGR IV 1225; 1254 (Ὀῦλ(ι)α μαρκέλλα).

56 IGR IV 1423 (Ὀῦλ(ι)α μαρκέλλα).

57 CIL VI 1542 = 31676.

58 Drew-Bear/Eck, Kaiser-Militär- und Steinbruchinschriften, in Chiron 6 (1976) 304 ff.; vielleicht wurde hier das Gentile von der mütterlichen Seite übernommen.

59 Nachweise bei Drew-Bear/Eck (oben Fn.58) 305 u. Fnn.48,49; Eck RE Suppl. 14 (1974) 935 Nr.21,26; 936 Nr.29.

60 Diese Ergänzung wird allgemein akzeptiert trotz der Überlieferung eines Salvius Valens bei Ulp. 7 de off. proc. D. 43.6.7.2, vgl. Crook 67 u. Fn.5; Pflaum 148; Syme, Emperors and Biography (1971) 36; Bund, Salvius Julianus, Leben und Werk, in ANRW II,15 (1976) 428 u. Fn.155 m.w.L.; Baumann, Legislation in the Historia Augusta in SZ 94 (1977) 55.

61 Zu dem verdorbenen Diabolenus am Schluß vgl. Syme (oben Fn.60) 38. Hierin liegt wohl eine Verunstaltung des Namens des trajan. Juristen Javolenus Priscus. Daß bisweilen echte Charaktere aus früheren Viten in den folgenden als fiktive in einer neuen Rolle auftauchen, hat Syme gezeigt (The Bogus Names in the H.A., BHA - Coll. 1964/65 (1966) 257 ff.).

62 Pflaum (oben Fn.15) 148, mit Hinweis auf die gleiche Struktur des berühmten Album von Canusium (CIL IX 338), sowie Liebs, SZ 93 (1976) 291,292 zu einer in Banasa gefundenen Bronzetafel.

63 Pflaum 148.

nen⁶⁴. Sein Konsulat dürfte aber seiner Stellung innerhalb der Liste entsprechend später als der Julians liegen⁶⁵. Aus den von ihm begleiteten Eingangssätern⁶⁷ muß man schließen, daß er dem Ritterstande angehörte. Eine kürzlich entdeckte Inschrift aus Ostia⁶⁸ bezeugt, daß der Jurist in den Senatorstand erhoben worden ist⁶⁹ und wahrscheinlich bis zum consul aufgestiegen ist.

Gehörte aber Maecianus dem ordo equester an, darf man dies wohl auch für den nach ihm genannten Marcellus annehmen⁷⁰.

Seine ritterliche Herkunft spricht aber nicht unbedingt - wie Kunkel und Eck⁷¹ annehmen - gegen eine Identifizierung mit den senatorischen Statthaltern Unterpannoniens und Britanniens, beweist uns doch das Beispiel Maecians, eines nur wenig älteren Zeitgenossen des Marcellus, wie sehr die persönliche Gunst des Kaisers die Karriere eines Beamten beeinflussen und Standesschranken sowie Beförderungsschemata sprengen konnte⁷². Der adlectio inter praetorios bediente sich der Kaiser, um verdiente Angehörige des Ritterstandes auch in höchsten Staatsämtern einsetzen zu können. Freilich geschah dies bis Antoninus Pius nur in wenigen Ausnahmefällen⁷³. Die Praxis änderte sich aber grundlegend unter Mark Aurel⁷⁴, bedingt auch durch die hohen Verluste in den Markomannenkriegen.

64 CIL VII 1421 = ILS (Dessau) 1051; zu ihm Kunkel 151 ff.

65 Pflaum 149.

66 HA v. Marci 3,6.

67 CIL XIV 5347; zum cursus honorum dieses Juristen siehe Kunkel 174.

68 AE 1955,179 Maecian wird als consul designatus bezeichnet.

69 Wohl nach 162 (Pflaum 149).

70 Siehe oben Fn.62

71 Oben Fn.45

72 Eck (oben Fn.18) 227.

73 Eck 180 ff.; ders., Senatoren 103 ff.

74 A. Birley, Mark Aurel² 328.

Ein beredtes Zeugnis ist auch hierfür die Kaiserbiographie⁷⁵:

Multos ex amicis in senatum adlegit cum aediliciis aut praetoriis dignitatibus. multis pauperibus sine crimine senatoribus dignitates tribunicias aediliciasque concessit. nec quemquam in ordinem legit, nisi quem ipse bene scisset.

Volusius Maecianus ist schon zu Beginn der Regierungszeit des Mark Aurel durch diese Politik begünstigt worden. Es ist gut denkbar, daß auch sein Kollege im Staatsrat, Ulpius Marcellus, in den amplissimus ordo aufgenommen wurde⁷⁶. Ob Marcellus auch ritterliche Ämter bekleidete, wissen wir nicht. Die adlectio in senatum könnte ihn von der Übernahme der niederen Ämter befreit und für wichtigere Aufgaben verfügbar gemacht haben.

Die Identifizierung des Juristen Ulpius Marcellus mit dem prätorischen Statthalter von Pannonia inferior (zwischen 169 und 173/74) und dem konsularen Statthalter Britanniens (181-184) ist demnach chronologisch möglich und daher wahrscheinlich.

III. Dio Cassius⁷⁷ beschreibt Marcellus als einen ἀνὴρ μέτριος καὶ εὐτελής andererseits aber auch als ὑψηλόφρων καὶ φρονηματώδης. Er zeichnete sich durch Unbestechlichkeit und besondere Unfreundlichkeit aus. Des Essens und Schlafens wenig bedüftig, griff er im Lager, auch um seine Allgegenwärtigkeit zu demonstrieren, gelegentlich gar zu schikanösen Mitteln⁷⁸. Geradezu kauzig erscheint Marcellus in der Anekdote, wonach er sein Brot aus Rom herbeischaffen ließ. Das altbackene Brot war so hart und sein Zahnfleisch so empfindlich, daß er nur das Notwendigste essen konnte.

75 HA v. Marci 10,4-5.

76 Vielleicht zwischen 162 und 169

77 72,8,2-6

78 So soll er die am Abend niedergeschriebenen Befehle den Adressaten zu verschiedenen Nachtzeiten haben zukommen lassen, um so bei diesen den Eindruck zu erwecken, ihr Feldherr sei stets wach.

Dio Cassius, der ein Zeitgenosse des Marcellus war, wird sicherlich gelegentlich übertrieben, im ganzen aber wohl zuverlässig über Marcellus berichtet haben⁷⁹. Deshalb ist es wahrscheinlich, daß er schon in jenen Jahren höchstes Ansehen genossen hat.

Nach einer Notiz des Dio Cassius soll ihn Commodus, dem er im Jahre 184⁸⁰ mit seinem Sieg über die Briten zum Titel Britannicus verhalf, geschont haben⁸¹, so daß er diesen überlebt haben könnte. Aus seinen juristischen Werken ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß er noch nach Mark Aurel juristisch tätig war⁸².

IV. Marcellus juristisches Hauptwerk sind die 31 Bücher Digesten. Sie stammen aus den Jahren 161 bis 167 n. Chr. und sind auch von Scaevola und Ulpian mit Noten versehen worden⁸³. Die Digesten sind eine Problematasammlung⁸⁴, deren erster Teil⁸⁵ der Ediktsordnung folgt, während der zweite Teil⁸⁶ leges, senatus consulta und Kaiserkonstitutionen behandelt⁸⁷. 267 Fragmente sind in den Digesten Justinians überliefert.

79 Vgl. Millar, A Study of Cassius Dio (1964) 127 ff.

80 Das Jahr, in welchem Commodus seine 7. Imperatorenakklamation entgegennahm, vgl. Millar op.cit. 128 Fn.3.

81 Cass. Dio 72,8,6.

82 Zitiert werden nur Pius: D. 4.1.7 (Marc. 3 dig.); D.2.8.7. pr. (Ulp.14 ed); D. 34.9.3 (Marcian 5 reg.); Mark Aurel bzw. die divi fratres: D. 17.2.23 (Ulp. 30 Sab.); D.35.1.18 (Marc. 14 dig.); D. 28.4.3 (Marc. 29 dig.); D. 37.8.3 (Marc. 9 dig.); D. 26.2.19.1 (Ulp. 35 ed.).

83 Lenel Pal. I 59/ ff.

84 Schulz, History of Roman legal science² (1953) 232.

85 Buch 1 bis 21

86 Buch 22 bis fin.

87 Schulz op. cit. vermutet, daß die uns über die Kompilatoren überlieferte Fassung der Digesten zahlreiche nachklassische Interpolationen enthält. Die Beantwortung dieser Frage setzt jedoch eine sorgfältige Analyse der erhaltenen Fragmente voraus.

Weiterhin nennt der Index Florentinus einen liber singularis responsorum⁸⁸, 6 Bücher ad legem Juliam et Papiam⁸⁹. Nicht im Index Florentinus aufgeführt sind das Werk de officio consulis⁹⁰, das einen Umfang von mindestens 5 Büchern⁹¹ hatte, die notae ad Juliani digesta, die Gegenstand dieser Arbeit sind, sowie die notae ad Pomponii regularum librum singularium⁹² und die notae ad Pomponii libros ad Sabinum⁹³.

Mit den Vulgathandschriften muß der in D. 3.2.22 nach der Florentina dem Marcellus zugeschriebene Auszug aus dem 2. Buch de iudiciis publicis dem gleichnamigen Werk Marcians zugerechnet werden⁹⁴.

Das Fragment D. 4.4.43, welches angeblich Marcellus Werk de officio praesidis angehört, dürfte dem so betitelten Werk Macers entnommen sein⁹⁵.

Die Zuordnung unseres Juristen zu einer der beiden scholae

88 Lenel Pal. I 634 ff.; Die erhaltenen 16 Fragmente deuten nach Schulz 232 auf einen bloßen Abriß der Marcell'schen Digesten hin; das Werk ist nach Fitting op. cit. 62 ff. unter Pius geschrieben; Marcell hatte wohl das ius respondendi.

89 Lenel Pal. 632 ff.; Schulz 187 ff. mutmaßt, daß sie lediglich eine getrennte Ausgabe der dieselbe Materie behandelnden Bücher 26 bis 31 seiner Digesten sind. Eine sichere Aussage ist jedoch wegen der geringen Anzahl der überlieferten Fragmente (6) nicht möglich.

90 Lenel Pal. I 634, insgesamt 3 Fragmente.

91 Marcian D. 40.15.1.4 (lib. sing. de delator.).

92 Lenel Pal. I 633 ff., 3 Fragmente; die Noten datiert Fitting ebenfalls in die Regierungszeit des Antoninus Pius.

93 Lenel Pal. I 634, nur ein Fragment; vielleicht stammt diese Note auch aus den Anmerkungen zu oben Fn.92.

94 So schon Stephanus, Schol. *Ἡρωδίου* zu Bas. 22.5.13 (Hb. 2,542 = Scheltema B IV 1432); Riccobono, Il valore delle collezioni giuridiche bizantine per lo studio critico del corpus iuris civile, in Mélanges Fitting II (1969) Nachdruck der Ausgabe 1908, 476; Kipp, op. cit. 571; unrichtig P. Krüger op. cit. 219 Fn.13, der das Fragment Macer zurechnet.

95 Vgl. die oben Fn.94 genannten Autoren.

ist umstritten⁹⁶. Aus Zitierweise und -häufigkeit läßt sich kaum eine Präferenz entnehmen. Namentlich werden zitiert: Alfen, Aristo, Cassius, Julian, Labeo, Neraz, Nerva, Sabinus und Servius⁹⁷. Man wird indessen annehmen dürfen, daß er kein Sabinianer war; denn als Sabinianer hätte er kaum sagen können: placuisse scio Sabinianis...⁹⁸. Daraus aber den Gegenschluß zu ziehen und ihn den Prokulianern zuzuordnen, ist jedenfalls gewagt, da gerade deren herausragendster Vertreter Celsus von Marcell nicht ein einziges Mal zitiert wird, wenngleich Marcell bisweilen - ohne Celsus zu nennen - sich auf dessen Seite schlägt⁹⁹.

Marcells Werke werden von Ulpian, Paulus, Marcian, Modestin und Tryphonin zitiert. Besonders ausführlich hat Ulpian in seinen beiden großen Kommentaren ad Sabinum und ad edictum Marcell berücksichtigt¹⁰⁰.

Ein bezeichnendes Licht wirft der schon erwähnte Bericht über eine Verhandlung vor dem kaiserlichen consilium auf unseren Juristen¹⁰¹. Dem Rat lag ein Testament vor, in welchem der

96 Für einen Schüler Julians hält ihn Honoré (oben Fn.1) 24 ff.; dieser habe ihn nach Schließung der sabin. Rechtsschule um 145 n.Chr. ausgebildet. Kalb, Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt (1890) 88 ff. sowie Liebs, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat ANRW II 15 (1976) 217 und Fn.123 vermuten in ihm einen Schüler des Celsus, der die prokulianische Tradition fortgeführt habe.

97 Das Verhältnis 8:4 zugunsten der Sabinianer ist bei der geringen Zitierfreudigkeit nicht signifikant.

98 D. 24.1.11.3 (Ulp.-Marc. 32 Sab.).

99 D. 5.3.13.13 (Ulp.-Marc. 15 ed); D. 9.2.11.3 (Ulp.-Marc. 18 ed.); D. 15.1.7.1 (ulp.-Marc. 29 ed.).

100 Von ihm stammen etwa 84 % aller indirekt überlieferten Marcellusfragmente.

101 D. 28.4.3 pr. (Marc. 29 dig.); zur Stelle hier nur die neuere Literatur: Gualandi, Legislazione imperiale e giurisprudenza II (1963) 148 ff.; P. Beretta Anguissola, L'Europa e il suo diritto (1967) 134 ff.; Wubbe, Benignus redivivus, in Symbolae David I (1968) 242 ff.; Volterra, Il problema del testo delle costituzioni imperiali, in La critica del testo. Atti del II. congresso internazionale della Soc. di Storia del diritto (Firenze) 1971, 992 ff.; Wieling, Testamentsauslegung im röm. Recht (1972)

Testator zwar die Namen der Erben, nicht aber die der Legatäre gestrichen hatte. Die Erbschaft wurde als kaduk vom *advocatus fisci*¹⁰² beansprucht¹⁰³. Obwohl die meisten Mitglieder des *consilium* die Legatäre von der Erbschaft ausschließen wollten, was bedeutete, daß die gesamte Erbschaft dem kaiserlichen Fiskus zugekommen wäre, empfiehlt Marcellus eine Entscheidung zugunsten der Vermächtnisnehmer und damit zum Nachteil des Fiskus. Nur mittels einer benignior interpretation konnte man den Legatären helfen¹⁰⁴. Mark Aurel entscheidet schließlich mit Marcell und gegen die Mehrheit seiner Ratgeber zugunsten der Vermächtnisnehmer¹⁰⁵.

Die Tätigkeit im kaiserlichen *consilium* ließ Marcell nicht wie manchen seiner Kollegen¹⁰⁶ zum rückgratlosen Parteigänger werden. Vielmehr bewies er auch hier Eigenständigkeit und Zivilcourage.

Aus dem dritten und vierten Jahrhundert haben wir keine Nachrichten über Marcell. Sein Name wird nur in einigen Fragmenten aus Paul¹⁰⁷ und Ulpian¹⁰⁸ genannt, die in nachklassische Sammelwerke aufgenommen worden sind.

144 ff.; Palazzollo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali* nell II. secolo d.C. (1974) 63 ff.; Seiler, *Utile per inutile non viatur*, in Festschrift f. M. Kaser zum 70. Geburtstag (1976) 134.

102 Der Fall spielte vermutlich in einer Kaiserprovinz, Kaser *RP I*², § 179 Fn.56 (S.727).

103 Das Testament ist nach wie vor zivilrechtlich gültig, lediglich nach prätorischem Recht tritt Erbnunwürdigkeit ein; vgl. die Lit. oben Fn.101.

104 Dazu eindrucksvoll Wubbe, *op. cit.* 242 ff.

105 *Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius.*

106 Zu dem Problem der Juristenkritik am Kaiserrecht vgl. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike* (1974) 122 ff.

107 *Coll. 4.2.4 (l.s. de adulteris).*

108 *Fr. Vat. 75.3 und 82 (ulp. 17 Sab.)*; *Straßb. Ulpianfrag. 8 und 12 (Seckel-Kuebler I 500/501)*; *Berlin. Papinianfrag. 15 (Seckel-Kuebler I 433).*

Das Zitiergesetz Valentinians III.¹⁰⁹ von 426 aber nennt ihn dann neben Q. Mucius Scaevola, Sabinus und Julian als Beispiel für diejenigen Juristen, deren Originale¹¹⁰ im Gerichtsgebrauch verbindlich sind, sofern sie von den fünf großen Zitierjuristen zitiert werden.

Auch Justinian schließlich beruft sich in den Institutionen¹¹¹ und im Codex¹¹² auf Marcellus als Gewährsmann für die eigene Rechtsansicht.

109 CTh. 1.4.3; zum Zitiergesetz vgl. Wieacker, Textstufen klassischer Juristen (Neudruck 1975) 156 ff.

110 Vgl. aber auch die weströmische Interpretatio zum Zitiergesetz (um 450 n.Chr.): Scaevola Sabinus Julianus atque Marcellus in suis corporibus non inveniuntur, sed in praefatorum opere (sc. der fünf Zitierjuristen) tenentur inserti.

111 I.2.5.5.

112 CJ 7.7.1.1a, CJ 4.5.10 beide aus dem Jahr 530 n.Chr.

§ 2 Methodologische Prolegomena zur Kritik der römischen Rechtsquellen

I. Die Aufgaben der Textkritik kann man mit der Erforschung der Werkindividualität¹ und dem Aufspüren von Interpolationen umschreiben. Damit ist sogleich das Verhältnis der Text- zur Sachgeschichte festgelegt: Da die Sachgeschichte auf die Quellen angewiesen ist, muß jeder sachgeschichtlichen Aussage eine textkritische Prüfung der Individualität und Echtheit der Quellen notwendig vorausgehen². Diese Binsenwahrheit der Historik (Wieacker) ist unproblematisch und kann nicht

1 Vgl. dazu die bisher am Freiburger rechtsgeschichtlichen Institut entstandenen Arbeiten von Krampe, *Proculi epistulae* (1970); Greiner, *Opera Neratii* (1973); Bernd Eckardt, *Javoleni epistulae* (1978); Ulrich Manthe, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus* (im Druck).

Das gemeinsame Ziel dieser Arbeiten, das sie zu einem "Programm" verbindet, ist die Erforschung der Werkindividualität. Die Interpretation eines Werkes im Zusammenhang hat sich als wissenschaftlicher Ansatz bewährt.

2 Vgl. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) 21 Fn.65, dersl., *Labeo* 19 (1973) 193, ders., *Textkritik und Sachforschung*, SZ 91 (1974) 27 ff.; differenzierter sieht Kaser SZ 69 (1952) 97 und *Methodologie* 9 das Verhältnis von Sach- und Ideengeschichte zur textgeschichtlichen Forschung in einer wechselseitigen Ergänzung beider Disziplinen. Dem widerspricht Wieacker, *Textstufen* 21 Anm.65, ders. *Atti del secondo congresso internazionale della Societa Italiana di Storia del Diritto II* (1971) 1100 ff., sowie SZ 91 (1974) 24 mit der Begründung, Textkritik bleibe ein bloßes Instrument der Auslegung und könne nicht schon selbst Ausdruck eines hermeneutischen Urteils sein. Sie soll von allen normativen Prämissen freigehalten werden. Die Gefahr einer *petitio principii* bei der konsequenten Heranziehung sachgeschichtlicher Erkenntnisse scheint aber auch für Wieacker gebannt zu sein, wenn er mit Beseler, TS 10 (1930) 162 ff. keine Bedenken hat, stilistische Eindrücke durch "sachliche Erwägungen des sachlich geschulten Juristen" zu stützen. Die Methodenkontroverse zwischen der "differenzierenden" Richtung Kasers und der "reinen" textkritischen Auffassung Wieackers zeigt ihre praktisch wichtigsten Folgen im Streit um die Berechtigung der Unterscheidung von "formaler" und substantieller Interpolation. Eine solche Differenzierung ist nur möglich unter Einbeziehung sachgeschichtlicher Kriterien. Indessen ist die Kluft zwischen beiden Richtungen nach einem Einlenken beider Seiten (dazu Wieacker, SZ 91,30 ff.) auch hier nicht mehr sehr groß. Das angeschnittene Problem kann an dieser Stelle allerdings nicht weiter verfolgt werden.

für die Krise der Interpolationenforschung³ in den ersten 3 bis 4 Dekaden unseres Jahrhundert verantwortlich gemacht werden. Diese wurde vielmehr durch eine radikale Textkritik hervorgerufen, deren Hauptgründe im philologischen Purismus und dem Postulat eines logisch widerspruchsfreien Systems - ähnlich insoweit dem der Pandektenwissenschaft - zu suchen sind. Ungerechtfertigte Kettenschlüsse⁴ von einem einmal als interpoliert gebranntmarkten Fragment oder auch nur einem einzigen Wort⁵ eines Fragments auf andere Quellen trieben die Jagd nach vermeintlichen Tribonianismen auf die Spitze und schonten schließlich kaum einen unserer Überlieferten Texte⁶.

Nach dem Kriege gelangte die romanistische Quellenforschung durch eine sehr viel differenziertere Betrachtungsweise zu neuen Ufern. Als Protagonist dieser neuen und heute vorherrschenden Richtung ist in erster Linie Franz Wieacker zu nennen, dessen "Textstufen" zum Leitwerk der modernen Stufenforschung geworden ist. Ungeachtet der teilweise verschiedenen methodischen Ansatzpunkte⁷ herrscht heute unter den Textstufenforschern weitgehende Übereinstimmung in den Prämissen und pragmatischen Ergebnissen:

Mit vielfältigen Veränderungen in den klassischen Juristenschriften muß schon in der zweiten Hälfte des 3. Jahrhunderts bis Konstantin gerechnet werden⁸. Diese Textänderungen, die den Werken insbesondere bei Gelegenheit einer Umschrei-

3 Literatur hierzu bei Wieacker, Atti II 1105 Fn.17.

4 Zu dem so u.U. entstehenden circulus vitiosus Wieacker, Textstufen 13 ff.

5 Man vergleiche nur Beselers schier endlose Reihe "unklassischer Wörter" in seinen "Beiträgen" und in zahlreichen Aufsätzen.

6 Kaser, Atti I (1971) 324.

7 Dazu oben Fn.2

8 Schulz, Geschichte der röm. Rechtswissenschaft (1961) 167 ff.; ausführlich hierzu Wieacker, Textstufen 33 ff. Der Grund liegt in dem fehlenden öff. Fälschungsschutz sowie einem Geltungsdefizit des Juristenrechts.

bung von der Rolle in den Pergamentkodex einverleibt worden sein könnten⁹, erschöpfen sich - abgesehen von den in dieser Periode neugeschaffenen Werkindividualitäten -¹⁰ zumeist in Mißdeutung und Verkennungen der klassischen Rechtszustände¹¹. Schulmäßige Verallgemeinerungen, verstärkte Regelbildungen sowie Textverkürzungen und Vereinfachungen sind für diese Periode charakteristisch. Das Aufspüren dieser frühnachklassischen Stufe in den klassischen Juristenwerken wird dadurch erheblich erschwert, daß uns hier die wenigen Doppelüberlieferungen nicht oder nur in sehr beschränktem Maße weiterhelfen¹². Hier sind wir neben den sachgeschichtlichen Argumenten¹³ ausschließlich auf die aus den Texten selbst gewonnenen Indizien angewiesen. Es bleibt also bei den bisherigen sachlich juristischen und sprachlichen Kriterien der Interpolationskritik.

Für die mit Konstantin beginnende Vulgarrechtsepoche läßt sich ein Einfluß auf die klassischen Werke nur in einigen wenigen Einzelfällen nachweisen¹⁴.

Eine größere Bedeutung nehmen in der Stufenforschung die Arbeiten der oströmischen Rechtsschulen ein. Indessen ist die neuere Forschung zu dem Ergebnis gelangt, daß der Übergang zur griechischen Sprache zwischen 380 und 420 n. Chr., das autoritative Textverständnis jener Epoche, die bibliothekarische Kultur der Schulen, Stichometrie und das kaiserliche Rechtsfortbildungsmonopol die klassischen Texte von wesent-

9 Zu den buchgeschichtlichen Vorgängen vgl. ausführlichst Wieacker, Textstufen 93 ff.

10 Wie die *iuris epitomae* des Hermogenian, die *res cottidianae*, *tituli ex corpore Ulpiani*, *Ulpian's opinionones* und sein *liber singularis regularum*.

11 Kaser, *Methodologie* 60 f., 67 f. 96.

12 Kaser, *Methodologie* 12 ff.; Wieacker, SZ 91, 35 ff.

13 Mit Kaser, *Methodologie* 8 ff. wollen wir die sach- und ideengeschichtlichen Kriterien bei der Textinterpretation nicht völlig außer Acht lassen, wenngleich bei der Handhabung dieses Mittels besondere Vorsicht geboten ist, will man nicht in einen Zirkelschluß verfallen.

14 Grundlegend sind hier die Arbeiten von Levy SZ 76 (1959) 1 ff.

lichen Eingriffen geschont haben¹⁵. Die eigenen Leistungen legten diese *κερυφαῖοι* in Scholien und Kommentaren nieder; darüber hinaus ist ihr Werk vor allem in einer stärkeren Theoretisierung und systematischen Durchdringung des Rechtsstoffes zu sehen, was später bei der Kompilation der Digesten von Bedeutung sein sollte. Die Instrumente zur Aufdeckung dieser Textschicht sind die gleichen wie diejenigen, welche zur Erforschung der frühnachklassischen Änderungen zur Verfügung stehen.

Die größten Fortschritte verzeichnet die Forschung auf dem Gebiet der justinianischen Interpolationen, dem ursprünglichen Hauptarbeitsfeld der radikalen Textkritik. Hier hat man aus den Fehlern der Vergangenheit gelernt und Kriterien herausgearbeitet, auf Grund deren man die Textänderungen Justinians genau umschreiben kann. Die Durchforstung seiner Reformgesetze und der in ihnen enthaltenen Anweisungen an die Reformkommissionen, die zunehmende Kenntnis der Arbeitsweise der letzteren, darüber hinaus die Berücksichtigung der Änderungen im materiellen und im Verfahrensrecht, der gerichtlichen Praxis, justizpolitischen Tendenzen des Kaisers und der bereits erwähnten Schuldoktrinen, haben dem Bild, das wir uns von den Eingriffen dieser Epoche gemacht haben, schärfere Konturen gegeben. Erleichtert wurde diese Erkenntnis durch die - wenngleich nur in geringer Anzahl vorhandenen - Konfrontationen, die uns Kompilatorenwerk von der ursprünglichen klassischen beziehungsweise nachklassischen Fassung abschnitten lassen¹⁶. Neben den zahlreichen Weglassungen, redaktionellen Kürzungen und Anpassungen¹⁷ gehen zwar die stärksten sachlichen Eingriffe in die klassische Textstruktur auf das Konto der Kompilatoren, erreichen aber längst nicht das Ausmaß, welches man sich in der ersten Hälfte dieses Jahrhun-

15 Wieacker, Textstufen 45 ff.; Kaser, Methodologie 71 ff.

16 Eine Zusammenstellung der Doubletten findet sich bei Chiazzese, Confronti testuali (1933).

17 Vgl. das - vielleicht ein wenig Übertriebene - Selbstzeugnis in const. Tanta 1 und const. Omnem 1.

derts vorgestellt hatte¹⁸.

Daraus folgt, daß wir dem klassischen Juristen einen größeren Reichtum an Lösungsansätzen zubilligen müssen und weiterhin nicht eine strenge Leistungskonstanz postulieren können¹⁹. Neben der Zuerkennung eines größeren Spielraumes bei der Wahl der Ausdrucksmittel²⁰, ist auch in der Sache mit einer Fülle von Kontroversen zu rechnen²¹, eine Tatsache, die sich als unmittelbare Folge des topischen Denkens der römischen Juristen leicht erklärt²².

II. Für die notae des Marcellus zu Julians Digesten kann danach die Existenz einer Kontroverse allein kein Indiz für eine nachklassische oder kompilatorische Änderung sein. Zum einen sind die Noten geradezu auf Polemik angelegt, zum anderen ist kein Motiv ersichtlich, das die Erfindung von Kontroversen, sei es durch früh- oder spätnachklassische Bearbeiter oder durch die Kompilatoren, rechtfertigen könnte. Vielmehr beweisen die Ergebnisse der romanistischen Forschung, daß die Tendenz aller nachklassischen Eingriffe in die umgekehrte Richtung, nämlich zur Vereinheitlichung, Regelbildung und Streitentscheidung ging.

Zieht die neuere romanistische Forschung die Grenzen des in klassischer Zeit Möglichen auch recht weit, so ist damit noch nichts über die Echtheit oder Unechtheit eines konkreten Fragments oder gar eines ganzen Werkes eines Juristen gesagt. Aufschluß sowohl hierüber als auch über die Werkindividualität gibt nur eine Interpretation aller überlieferten Fragmente einer Juristenschrift im Zusammenhang unter Berücksichtigung der literarischen Eigenart des Werkes.

18 Zu den justinianischen Interpolationen siehe Kaser, Methodologie 83 ff.; ihm zustimmend Wieacker, SZ 91, 18.

19 Kaser, Methodologie 95

20 Kaser, Methodologie 47; anspruchsvoller ist Wieacker, SZ 91, 6 ff.

21 Kaser, Methodologie 19 ff.; Wieacker, Atti II 1107 ff.

22 So einleuchtend Kaser, Methodologie 95.

Nach der Untersuchung der Noten als eine besondere Gattung der römischen Rechtsliteratur (§ 3) soll der Frage nachgegangen werden, ob sie eine lemmatische Schrift oder Bestandteil der Julianschen Digesten (Neuausgabe) waren (§ 4). Die sich anschließende Kategorisierung der Noten (§§ 5 - 8) gibt Aufschluß über den mit den Noten verfolgten Zweck und dient darüber hinaus der Bestimmung des dogmatischen Standorts Marcells. Eine Zusammenfassung aller Ergebnisse wird im Schlußkapitel versucht (§ 9).

§ 3 Notae als Gattung der römischen Rechtsliteratur

I. Noten, als eine besondere Gattung der römischen Rechtsliteratur finden sich schon in frühklassischer¹ vielleicht bereits gar in republikanischer² Zeit³. Obgleich verwandt, sind sie zu unterscheiden von den kommentierten Epitomen⁴, wobei jedoch die Quellenlage die Durchführung dieser Unterscheidung mitunter sehr erwert oder gar unmöglich macht⁵. Während in den kommentierten Auszügen der Kommentator in der Regel als Hauptautor genannt⁶ (z.B. Javolenus 'Ex Cassio libri XV', Julianus 'Ad Urseium Ferocem libri VIII') und nur die für würdig befundenden Teile der älteren Schrift ausgewählt und kommentiert werden, konserviert⁷ der Verfasser der Noten das

-
- 1 Gemeinhin wird der Beginn des Aufkommens dieser Literaturgattung in den Anmerkungen des Cassius zu Masurius Sabinus 'Ad Vitellium libri' gesehen.
 - 2 Wenn die Digesten des Alfenus Varus lediglich eine mit Noten versehene Ausgabe einer gleichnamigen Schrift seines Lehrers Servius Sulpicius Rufus sind (erwägend auch Wieacker, Textstufen 84). Genauer wird man aber im Hinblick auf die geringe Anzahl der erhaltenen Fragmente (Lenel Pal. I 37 führt 3 auf) nicht sagen können.
 - 3 Eine vollständige Aufzählung der notae findet sich bei Liebs, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, in ANRW II 15 (1976) 218 ff.
 - 4 Undifferenziert P. Krüger, Geschichte der Quellen der Literatur² (1912) 146 ff.; Berger, Art Jurisprudentia in RE X,1 (1918) 1175; Wenger, Die Quellen des röm. Rechts (1953) 496 u. Fn.58 a.E.; richtig: H. Pernice, Miscellanea zur Rechtsgeschichte und Textkritik (1870) 38 ff.; A. Pernice, Labeo I (1873) 83; Schulz, Geschichte der röm. Rechtswissenschaft (1961) 225 ff.; Wieacker, op. cit 84; Liebs, Die juristische Literatur, in Neues Handbuch der Literaturwissenschaft III (1974) hrsg. von Fuhrmann, 203, deutlicher zuletzt ders. oben Fn.3, 218 ff., dort auch eine Auflistung der kommentierten Epitomen, denen der Vollständigkeit halber noch Labeos *Πισαμὸν* a Paulo epitomatorum libri VIII hinzuzufügen wäre.
 - 5 Als Beispiel seien die Reprehensa Scaevola capita, auch Notata Mucii genannt, angeführt, die Liebs, Die juristische Literatur (oben Fn.4) 203 den notae zurechnete, während er sie in seinem Beitrag 'Rechtsschulen und Rechtsunterricht' (oben Fn.3) als kommentierten Auszug begreift.
 - 6 Dies gilt nicht durchweg, wie Labeos a Paulo epitomatorum libri VIII oder Labeo, 'Posteriorum a Javoleni epitomatorum libri X' zeigen.
 - 7 Treffend Weiß, Schwund und Konservierung, in SZ 67 (1950) 501 ff., 508 ff.

Hauptwerk. Der sporadische⁸ Charakter der Stellungnahmen unterscheidet die Noten vom eigentlichen Kommentar wie auch von der Epitome.

Die beschriebene konservierende Wirkung der Noten wird freilich dann in Frage gestellt, wenn man sich mit Schulz⁹ die notae in der Form eines lemmatischen Hypomnema geschrieben und veröffentlicht vorstellt¹⁰. Dieser Annahme liegt die Vorstellung zugrunde, die juristischen Kommentare der klassischen Jurisprudenz könnten nicht anders ausgesehen haben als die nichtjuristischen jener Zeit¹¹. Von diesen können wir uns aus einigen Papyrusfunden ein Bild machen¹², unsere Anschauung verdeutlichen auch die nichtjuristischen Kommentare der

8 Liebs, oben Fn. 3, 218

9 History of Roman Legal Science (1946) 183 ff., deutlicher noch ders. in Geschichte der röm. Rechtswissenschaft (1961) 225 ff. Zwar hält auch Schulz es für möglich, daß der klassischen Zeit mit Noten versehene Neuausgaben bekannt waren; für wahrscheinlicher aber hält er die Annahme, die notae seien in der Form eines lemmatischen Hypomnema geschrieben und veröffentlicht worden, mögen einige auch später im Zug einer Neuherausgabe des annotierten Werkes in dessen Text übertragen worden sein.

10 die ganz h.M. bringt die notae stets in Verbindung mit der Veranstaltung einer Neuausgabe, vgl. Bremer, Rechtslehrer und Rechtsschulen (1868) 59; Karlowa, op. cit 668; Boulard, L. Salvius Julianus (1903) 112; P. Krüger, op. cit 146; Berger, oben Fn.4, 1175; Sciascia, Appunti sulla tradizione scientifica della letteratura, in Bull. 49/50 (1947) 421 nimmt zwar - mit Schulz - an, daß die notae vom Autor zunächst nicht in den Text des notierten Werks, sondern auf getrenntes Material geschrieben worden sind. Anders als Schulz glaubt er aber nicht an eine Veröffentlichung der Noten schon in diesem Stadium sondern erst anlässlich einer Neuherausgabe des Hauptwerkes; Weiß op. cit 508; Wenger op. cit. 496 Fn.58; Wieacker aaO 84; Guarino, Salvius Julian. Profilo bio-bibliografico (1946) Nachdruck in Labeo 10 (1964) 364 ff.; 421 ff., Liebs, oben Fn. 3 und 4.

11 Schulz, Geschichte (oben Fn.9) 227.

12 Vgl. Zuntz, Die Aristophanes Scholien der Papyri, in Byzantion 14 (1939) 551 ff.

Nachklassik und Spätantike¹³. Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie als selbständige lemmatische Bücher veröffentlicht wurden¹⁴. An einzelne, aus dem kommentierten Werk herausgegriffene Stichworte (Lemmata), schließt sich hier die Kommentierung an. Das Arbeiten mit einem (selbständigen) lemmatischen Kommentar setzt demnach voraus, daß der kommentierte Text ebenfalls zur Verfügung steht.

Die lemmatischen Kommentare des Altertums kann man aber noch weiter nach ihrer Methode der Texterklärung unterscheiden: der ausführlichen Kommentierung (Hypomnema) und der kommativen Erklärung (Scholia)¹⁵, wobei die Scholien mit den notae der römischen Juristen verglichen werden¹⁶.

Schulz ist allerdings den Beweis schuldig geblieben, daß die juristische Kommentarliteratur und hier insbesondere die notae den nichtjuristischen Kommentaren des Altertums glich oder jedenfalls sehr ähnelte. Die Beweislage ist denn auch schwierig. Das einzige direkte juristische Zeugnis, das er für seine These anzuführen vermag, sind die für den Rechtsunterricht geschaffenen Erläuterungen der Sinaischolien¹⁷ zu Ulpians Sabinuskommentar. Ihr Beweiswert ist - was auch Schulz nicht verkennt - äußerst gering, da sie erst aus dem 5. Jahrhundert datieren und das Werk vermutlich mehrerer Au-

13 Als Beispiele seien hierfür etwa die Platonkommentare von Olympiodor (Phaidon und Gorgias), Hermeias (Phaidros), Proklos (Alkibiades, Politeia und Timaios) usw. für die Kommentare zu Aristoteles Alexander (Metaphysica, Priora Analytica, Topica), Dexippus und Ammonius (Kategorien) usw. genannt. Hierzu vgl. Hunger, Die hochsprachliche profane Literatur der Byzantiner (1978) 11 ff., von den lateinischen Dichtercommentaren seien Servius und Donat zu Vergil und Pomponius Porphyrio zu Horaz erwähnt.

14 Freilich kennen wir auch einige wenige kommentierte Textausgaben aus klass. Zeit, z.B. P. Fay 3 Kommentar zu Aristoteles Topica (Ende 1./Beginn 2. Jh. n. Chr. nach Grenfell-Hunt-Hogart 87); zum ganzen Schulz, Geschichte (oben Fn.9) 226.

15 Hierzu eingehend Zuntz 548 ff., dieser auch zur Etymologie des Wortes *σχόλιον*; Liebs oben Fn.4, 203.

16 Liebs aaO 203.

17 Zu ihnen Wieacker SZ 55 (1935) 302; ders., Textstufen 136 ff.; 162.; 311 ff.

toren sind¹⁸, deren einzige Intention in der Nutzbarmachung des Ulpianischen Sabinuskomentars für den Rechtsunterricht lag. Hierfür schien ein selbständiges Erläuterungswerk zweckmäßig. Wie sich aus den Anweisungen der Sinaischolien, einzelne Zeilen des Kommentars zu überspringen, unschwer folgern läßt, besaßen auch alle Schüler eine (Standard)ausgabe des Sabinuskomentars.

Die Noten klassischer Juristen kennen eine derart enge Zweckbestimmung nicht. Werke wie etwa die Digesten Julians oder auch Marcellus wurden in klassischer und noch in frühneoklassischer Zeit auch in der Praxis verwandt¹⁹. Für den Gebrauch im juristischen Alltag wäre aber ein selbständiger, lemmatischer Notenapparat nicht zweckdienlich; zumal etwa Sabins 'Ad Vitellium', Cassius 'Iuris civilis', Labeos 'Posteriorum' aber auch Julians und Marcellus Digesten kaum den Verbreitungsgrad hatten, wie beispielsweise die großen philosophischen Schriften eines Platon, Aristoteles oder Plotin. Das Überleben eines selbständigen lemmatischen Notenapparats setzt aber geradezu eine weite Verbreitung des dazugehörigen Hauptwerkes voraus.

Diese eher allgemeinen Erwägungen, die uns an der Richtigkeit der Schulz'schen These von der gleichlaufenden Entwicklung der Kommentarliteratur im außerjuristischen und juristischen Bereich zweifeln lassen, sollen an dieser Stelle erst einmal genügen. Für die *notae* des Marcellus zu Julians Digesten soll dann die Frage ob selbständiger, lemmatischer Kommentar oder Bestandteil des von Marcellus neu herausgegebenen Digestenwerks Julians, genauer untersucht werden²⁰.

18 P. Krüger aaO, 362.

19 Wieacker, Textstufen 175.

20 Dazu § 4

II. Wie bei den Scholien - deren Name bereits ihre Herkunft aus dem Unterricht nahelegt²¹ - wird auch der Ursprung der Noten im theoretischen Rechtsunterricht gesucht²². Wenn man die Reihe der Notenverfasser durchgeht, so ist uns die Person des Cassius als Rechtslehrer, ja als eigentlicher Begründer der sabinianischen Rechtsschule²³ bekannt. Wer 'quaestiones' oder 'disputationes' wie die Adnotatoren Scaevola, Tryphonin, Paulus und Ulpian oder 'institutiones' wie Paulus, Ulpian und Marcian veröffentlichte hatte, von dem nahm man schon bisher an, daß er als Rechtslehrer tätig gewesen sei. Es bleiben Proculus und Aristo als Notenautoren, von denen wir keine anderen Werke kennen, die schon ihrer Bezeichnung nach ihre Provenienz aus dem Unterricht nahelegen. Für Proculus' 'Epistulae' hat jedoch Krampe²⁴ zumindest deren Lehrschriftcharakter nachgewiesen. Aristos auf uns gekommener Nachlaß²⁵ ist diesbezüglich noch nicht untersucht worden. Eine Lehrtätigkeit dieses Cassius Schülers²⁶ wird man aber nicht wie Sciascia²⁷ mit einem Hinweis auf Plinius²⁸ aus-

21 *σχόλιον* von *σχολή*.

22 So ausführlich Liebs, oben Fn.3, 219 ff.; zurückhaltender Wieacker SZ 94 (1977) 336 ff.; a.A. Sciascia Bull. 49/50 (1947) 413 ff.

23 Liebs op. cit. 206 ff.

24 Proculi epistulae (1970)

25 Jeweils ein Fragment aus den Decreta Frontiana und seiner Digesta, 75 weitere keinem bestimmten Werk zuzuordnende Exzerpte finden sich in den Lenel'schen Pal. I 59 ff.

26 Liebs, Gaius und Pomponius, in: Gai nel suo tempo. Atti del simposio romanistico (1966) 69.

27 Op. cit. 415.

28 Plin. ep. 1.22.6: In summa non facile quemquam ex istis qui sapientiae studium habitu corporis praeferunt, huic viro comparabis. Non quidem gymnasia sectatur aut porticus, nec disputationibus longis aliorum otium suumque delectat, sed in toga negotiisque versatur, multos advocacione plures consilio iuvat. Nemini tamen istorum castitate pietate iustitia, fortitudine etiam primo loco cesserit.

schließen können²⁹. Gelegentlich wird auch Maurician als Verfasser von notae zu Julians Digesten angeführt³⁰. Zu dieser Annahme gelangt man aufgrund einiger weniger Fragmente³¹, die Maurician stets als Kritiker Julians zeigen und zweimal³² neben Marcellus nennen. Diese Zitate können jedoch auch aus einem anderen uns nicht bekannten Werk desselben Juristen herühren³³. Ob Maurician Rechtslehrer war, kann man weder aus seinen Schriften³⁴ noch aus anderen Quellen schließen.

Wichtiger jedoch als die Frage nach der Herkunft der Noten ist die Untersuchung des mit den notae verfolgten Zwecks. War (primär) die Erläuterung des Hauptwerkes beabsichtigt, so sind die notae einer Lehrschrift vergleichbar. Denkbar ist aber auch, daß die Noten an die Fachkollegen gerichtet waren und einen Beitrag zur wissenschaftlichen Diskussion darstellten. Man kann sich auch eine Verbindung beider Ziele vorstellen.

In allen Fällen ist die Frage nach der Herkunft des Materials - ob es zurückgeht auf eine Beschäftigung mit dem annotierten Werk im Rechtsunterricht oder auf einem sonstigen akademischen Interesse beruht - zweitrangig. Ähnelt der Befund der Noten dem einer Lehrschrift, so mag man - wenn der Annotator als Rechtslehrer bekannt ist - deren Herkunft aus dem

29 Das antithetische 'non quidam gymnasia sectatur aut porticus, nec disputationibus longes aliorum otium suumque delectat, sed in toga negotiisque versatur, multos advocacione plures consilio delectat' soll nur herausstellen, daß Aristo ein Mann der Praxis war und nicht nur seine Gelehrsamkeit (wie die Philosophen) zur Schau trug.

30 So im Anschluß an Buhl, Salvius Julianus (1886) 114 auch Ferrini, Anzeige Buhl, in Archivio giuridico 37 (1886) 324 ff. Lenel Pal. I 691 Fn. 2; offengelassen von P. Krüger op. cit. 198; Schulz op. cit. 276 Fn. 1.

31 D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ed.); D. 7.1.25.1 (Ulp. 18 Sab.); D. 5.3.36. pr. (Paul 20 ed.); D. 6.1.33 iVm l. 35 h.t.; FV 75.3.

32 D. 7.1.25.1; FV 75.3.

33 Karlowa op. cit. 711; Fitting op. cit. 43; Guarino op. cit. 421.

34 Namentlich bekannt ist nur seine Schrift 'Ad legem Juliam et Papiam libri VI', von der in Lenels Pal. I 689 drei Fragmente aufgeführt sind.

(theoretischen) Unterricht vermuten³⁵, gesichert ist dies damit freilich noch nicht. Abgesehen davon, daß wir weder von Aristo³⁶ noch von Marcell wissen, daß sie im Rechtsunterricht tätig waren, muß man die Notenwerke eines Rechtslehrers nicht immer mit dem Unterricht in Verbindung bringen, zumal die Tätigkeit als Rechtslehrer bei den meisten Juristen keine ausschließliche war. Aus den notae selbst läßt sich deren Herkunft aus dem Rechtsunterricht kaum mit Sicherheit nachweisen, allenfalls deren Charakter als Lehrschrift.

Eine Beleuchtung der Marcellischen Noten zu Julian unter diesem Aspekt wird in § 5 versucht.

35 So offensichtlich ohne Bedenken Liebs op. cit. 206 ff.

36 Vgl. oben 27 ff.

§ 4 Marcell's notae zu Julian: eine selbständige lemmatische Schrift oder Bestandteil der Julianschen Digesten (Neuausgabe)?

I. Die Veröffentlichung der Marcell'schen Noten ist denkbar in Gestalt einer selbständigen lemmatischen Schrift. Einzelne aus dem kommentierten Werk Julians (im folgenden der "Grundtext" genannt) herausgegriffene Stichworte (Lemmata) müssen dann in einem selbständigen Notenapparat jeweils zu Beginn einer Note diese dem Grundtext zugeordnet haben.

Die Noten Marcell's können aber auch von Anfang an als Bestandteil des Grundtextes im Wege einer Neuausgabe der Julianschen Digesten publiziert worden sein.

1. Mehrere Indizien belegen, daß in den Vorlagen der Kompilatoren die Noten Bestandteil der Julianschen Digestenausgabe waren. Ein selbständiges Werk - etwa mit dem Namen 'Marcelli notae ad Juliani libros digestorum' ist im Index Florentinus nicht aufgeführt¹. Wenn andererseits Justinian selbst in einer seiner Reformkonstitutionen die Autorität Marcell's mit den Worten 'quod et Marcellus apud Julianum in eius digestis notat'² anführt, so kann man dies nicht anders deuten, als daß die Byzantiner die Noten Marcell's in den Ausgaben der Digesten Julians fanden.

Dieses Ergebnis wird bestärkt durch eine weitere Beobachtung: Von den 24 uns in den justinianischen Digesten direkt überlieferten Noten stehen 15 unmittelbar im Anschluß an den dazugehörigen Grundtext Julians; in 9 Fragmenten wird allein die Note wiedergegeben³. Von diesen 9 stehen 4 Noten stell-

1 Wie auch der Index Florentinus die anderen - den Kompilatoren gleichfalls bekannten - Notenwerke nicht nennt.

2 CJ 7.7.1.1a (a. 530).

3 D. 15.3.14 (Jul.-Marc. 12 dig); D. 35.1.20 (Jul.-Marc. 27 dig); D. 39.6.15 (Jul.-Marc. 27 dig); D. 28.5.5 (Jul.-Marc. 29 dig); D. 30.80 (Jul.-Marc. 32 dig); D. 35.2.75 (Jul.-Marc. 40 dig); D. 35.2.34 (Jul.-Marc. 42 dig); D. 50.17.66 (Jul.-Marc. 60 dig); D. 28.5.40 (Jul.-Marc. 30 dig.).

vertretend für Exzerpte aus den Digesten Julians⁴. Die übrigen 5 Fragmente sind von den Kompilatoren planmäßig versetzt worden⁵. Stehen aber die separaten Noten an der Stelle von Julianfragmenten, so können die Noten nur aus eben diesem Werk entnommen sein. Drei⁶ dieser ohne den Grundtext überlieferten Noten sind Doppelnoten. Im Anschluß an die des Marcell steht noch eine zweite Note von Paul. Auch daraus ist zu schließen, daß die Kompilatoren eine Ausgabe der Digesten Julians vor sich hatten, die mit Noten beider Juristen versehen war; denn daß die Noten des Paul in einen lemmatischen Notenapparat des Marcell Eingang gefunden haben oder von den Kompilatoren aus einem weiteren selbständigen Notenapparat des Paul entnommen worden sind, ist unwahrscheinlich.

4 D. 35.1.20; D. 39.6.15; D. 30.80; D. 50.17.66

5 D. 15.3.14 wurde unmittelbar nach l. 15 h.t. (Ulp. 2 disp.) exzerpiert. In l. 13 (Ulp. 29 ed) zitiert Ulpian die Meinung Julians. Dieses Zitat stammt nach dem Sachzusammenhang aus dem 12. Buch der Digesten. Zu eben diesem Buch gehört nach der aufgrund von F korrigierten Inskription die Marcellusnote, welche Julians Lösung verfeinert (zur Stelle später). Die Kompilatoren haben beim Exzerpieren des 29. Buchs von Ulpian's Ediktskommentar die von Ulpian selbst erwähnte Note Marcell's nachgeschlagen und als 1.14 angefügt. Honoré, Textual Chains in the Digest, SZ 80 (1963) 362 hat die Anwendung dieser Methode durch die Kompilatoren nachgewiesen. Die gleiche Erklärung findet sich für die Versetzung von D. 28.5.5. Diese Note steht zwischen zwei Zitaten aus dem Ulpian'schen Sabinuskommentar und befaßt sich mit der Einsetzung eines Haussohnes unter der Bedingung "si Alexandriam pervenerit". Zu eben diesem Fall zitiert Ulpian in l. 4 pr. h. t. die Meinung Julians. Beide Zitate stammen aus dem 29. Buche der Julian'schen Digesten (de testamentis). D. 35.2.75 stand ursprünglich wohl bei l. 86 h. t, diese Stelle stammt wie die Note aus Buch 40 und befaßt sich mit dem SC. Trebellianum und Pegasianum. Marcell's Note wandelt den bei Julian l. 86 besprochenen Sachverhalt leicht ab (was geradezu ein Kennzeichen der Noten Marcell's ist, vgl. dazu § 5). Die Kompilatoren brachten dann die Note mit dem sachlich ihr noch näher stehenden Gaiusfragment in l. 74 h. t. zusammen. Schließlich gehörte D. 35.2.34 ursprünglich zu D. 30.97 (Jul. 42 dig). Auch hier bewog der stärkere Sachzusammenhang der Note mit Paul D. 35.2.33 (3 fideic.) die Loslösung der Note aus ihrem ursprünglichen Kontext bei Julian; Julians Grundtext diente Marcell sozusagen als "Aufhänger" für seine Anmerkung (zur Stelle später). Die Isolierung der in D. 28.5.40 überlieferten Note beruht auf der Insertion des Marcianfr. in l. 39 h. t.

6 D. 15.3.14; D. 39.6.15; D. 4.2.9.8 i.V.m. D. 4.2.11.

Auch aus der Inskriptionenvielfalt bei den separaten Noten läßt sich nicht der Schluß ziehen, daß Justinian kein lemmatischer Notenapparat vorlag⁷. Gerade bei den vom Grundtext getrennten Noten, wo die Loslösung auf das Konto der Kompilatoren ging, mußten die Juristen Justinians Inskriptionen überhaupt erst erfinden. Die Variationen in diesen Notensinskriptionen stammen demnach ohne Zweifel von den Juristen Justinians.

Diesem Ergebnis entspricht der Befund in der außerjustinianischen Überlieferung. So dokumentieren etwa die Berliner und Pariser Papinianfragmente, daß *notae* jedenfalls in nachklassischer Zeit bereits Bestandteil des Hauptwerkes waren⁸.

Die Vermutung liegt nahe, daß sie nur durch die Aufnahme in das annotierte Werk überhaupt überlebten.

2. Ob die Noten bereits in klassischer Zeit in die *Digesten* Julians Eingang gefunden haben, darüber kann uns die Zitierweise bei den indirekt überlieferten Noten Aufschluß geben.

a) Mit zwei Ausnahmen⁹ wird bei den Noten grundsätzlich nicht die Buchzahl genannt; das Werk Julians, zu welchem sie geschrieben sind, wird überhaupt nie erwähnt. Beides würde man bei einer selbständigen Schrift erwarten, ist aber entbehrlich, wenn die *notae* eine Ausgabe der *Digesten* Julians waren.

7 Anders Sciascia a.a.O. 424 ff.

8 Man vergleiche die Berliner Papinianfragmente zum 5. Buch seiner *Responsen* (FIRA II 437 ff.) sowie die Pariser Papinianfragmente zum 9. Buch desselben Werkes, beide mit Noten von Ulpian und Paul (die Funde datieren aus dem 4. oder 5. Jahrhundert n. Chr.); die Vereinigung beider Notenapparate in einer Ausgabe geschah jedoch wohl erst in nachklassischer Zeit (Solazzi, Arch. Giur. 135 (1948) 130 u. Fn.1; Wieacker, Textstufen 341) war aber 321 schon vollzogen, wie Konstantins *infirmatio* den Noten Pauls und Ulpians zu Papinian in CTh. 1.4.1 nahelegt.

9 D. 7.6.1 pr. (Ulp.-Marc. 18 Sab); D. 33.9.1 (Ulp.-Marc. 24 Sab); hier ergab sich der genaue Fundort des Zitats nicht aus einem vorausgehenden Julianzitat; denn weder im 18. noch im 24. Buch werden Julians Bücher 7 und 39, in denen der Kontext der Noten gestanden hatte, erwähnt.

- b) Häufig zitieren spätere Juristen die Noten in der Form: Marcellus apud Iulianum notat¹⁰ bzw. scribit¹¹, probat¹², adicit¹³. Besonders anschaulich referiert Paul eine Note Marcellus in

D. 48.10.14.1 (Paul 22 quaest)

Et inveni Marcellum apud Iulianum adnotasse. nam cum Iulianus scripsisset, si sibi et Titio scripsisset aut servo communi, cum pro non scripto sit, facillime quaeri posse, quantum Titio et socio adquiratur ita: adicit iste Marcellus: quemadmodum socio debebitur, si quasi falsum nomen servi subducitur?

Aufschlußreich ist auch das Marcelluszitat bei Ulpian

D. 13.4.2.7 (Ulp. 27 ed.)

Marcellus autem et alias tractat et apud Iulianum notat posse dici et si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitis accipere non cogar:

Das "inveni Marcellum apud Iulianum adnotasse" bei Paul so-

10 D. 50.16.9 (Ulp.-Marc. 5 ed); D. 4.4.11.4 (Ulp.-Marc. 11 ed); D. 13.4.2.7 (Ulp.-Marc. 27 ed); D. 33.9.1 (Ulp.-Marc. 24 Sab); D. 4.4.11.5 (Ulp.-Marc 11 ed); D. 48.10.14.1 (Paul-Marc.12 quaest); fr. arg. 12 (Seckel-Kuebler I 501); vgl. auch CJ 7.7.1.1a (a. 530). Zu "notare" siehe Sciascia op. cit. 429 ff. Nicht immer darf man allerdings bei dem Verb notare auf das Vorliegen einer Note schließen. Andere Kriterien (wie das Hinzufügen von "apud") müssen dazukommen. Man wird aber, wenn Marcellus von dritter Seite zu einer Äußerung Julians zitiert wird, (Marcellus notat, ait, probat, adicit - auch ohne apud Iulianum) die Herkunft des Zitats von einer Note des Marcell zu Julian annehmen dürfen.

11 D. 36.1.3 pr. (Ulp.-Marc. 3 fideic.).

12 D. 5.3.13.13 (Ulp.-Marc. 15 ed); D. 7.6.1 pr. (Ulp.-Marc. 18 Sab).

13 D. 15.1.7.1 (Ulp.-Marc 29 ed); D. 30.53.2 (Ulp.-Marc. 25 Sab)

wie das "alias tractat et apud Iulianum notat"¹⁴ Ulpianus haben keine andere Bedeutung als das "Est autem et apud Iulianum libro tertio decimo digestorum scriptum"¹⁵ oder "Apud Iulianum libro tertio decimo digestorum talis species relata est"¹⁶, sowie "Apud Iulianum quaeritur"¹⁷.

In allen Fällen kommt der Präposition "apud" die Bedeutung von "in der Ausgabe der Digesten Julians" oder einfach "in Julians Digesten" zu. Dies zeigt sich ganz deutlich dort, wo das "apud" nicht die Verbindung mit einer Note herstellt, sondern auf den authentischen Juliantext selbst bezogen ist, wie in den drei zuletzt genannten Beispielen¹⁸. Für den Gebrauch des "apud" in Verbindung mit einer Note des Marcellus zu Julian kann nichts anderes gelten¹⁹.

- c) Eine Redaktionsanalyse der libri ad edictum Ulpianus²⁰ zeigt, daß Ulpian bei der Abfassung eines jeden Buches seines Ediktskommentars das der behandelten Materie entsprechende Buch der Julianschen Digesten vor sich hatte.

14 Alias bedeutet soviel wie "an anderer Stelle" (Heumann-Seckel s. v.), wahrscheinlich sind die Digesten Marcellus gemeint.

15 D. 16.3.1.22 (Ulp.-Marc. 30 ed).

16 D. 16.3.1.37 (Ulp.-Marc. 30 ed).

17 D. 42.2.4.3 pr. (Ulp.-Marc. 29 ed); die Beispiele lassen sich vermehren.

18 Vgl. die Fußnoten oben 15, 16, 17

19 Im gleichen Sinne wie hier auch Kalb, Wegweiser in die römische Rechtssprache (1912); a. A. aber ohne Begründung, Schulz, Geschichte der röm. Rechtswissenschaft 276 (zu "inveni Marcellum apud Iulianum adnotasse")

20 Hierzu A. Pernice, Ulpian als Schriftsteller, Sitz.-Ber. d. Berliner Akad. d. Wiss. Phil. Hist. Kl. (1885) 443-484; Nachdruck in Labeo 8 (1962) 351 ff, insb. 366 ff; vgl. auch Honoré/Rodger, Citations in the edict. comm. TS 42 (1974) 57 ff.

Die nachfolgende Tabelle soll dies veranschaulichen:

Ulpians Zitate der Marcellusnoten im Ediktskommentar^x

^xErläuterungen zur Tabelle:

In Spalte 1 werden die Ulpianzitate, welche Marcellusnoten enthalten, nach der Lenelschen Palingenesie aufgelistet. Spalte 2 führt die entsprechenden Fundstellen in den Digesten auf. Die Buchnummer bei Ulpians Ediktskommentar ergibt sich aus Spalte 3. Spalte 4 enthält die Liste der sonstigen Julianzitate, die in denjenigen libri ad edictum vorkommen, welche gleichzeitig Marcellusnoten überliefern. Hochgestellte Zahlen bedeuten die Buchnummern in den Digesten Julians. In den mit x gekennzeichneten Fragmenten wird von Ulpian das Buch, aus welchem er das Julianfragment entnommen hat, nicht explizit genannt. Bei der Einordnung dieser Fragmente in die Digesten Julians folgen wir den Vorschlägen der Lenelschen Palingenesie. In Spalte 5 ist die betreffende Thematik und in Spalte 6 sind die dazugehörigen Buchnummern der Julianschen Digesten aufgelistet.

Pal/ Ulp.	Dig.	lb/ Ulp.	sonstige Julianzitate	Sachzusammenh.	lb/ Jul
272	19.2.41	5	261 ^{1x} , 271 ^{9x} , 273 ¹	De in ius voc.	1
273	50.16.9	5	261 ^{1x} , 271 ^{9x} , 272 ^{1x}	De in ius voc.	1
374	4.2.9.8	11	373 ⁴ , 379 ^{4x} , 380 ^{4x} 385 ⁴ , 403 ⁴	Quod metus causa	4
403	4.4.11.4	11	373 ⁴ , 374 ^{4x} , 379 ^{4x} , 380 ^{4x} , 385 ⁴	De minoribus XXV annis	4
403	4.4.11.5	11	373 ⁴ , 374 ^{4x} , 379 ^{4x} , 380 ^{4x} , 385 ⁴	de min. XXV an. (Ulp.)/Cum her exstabit (Jul.)	46
513	5.3.13.13	15	509 ^{5x}	Si hered. petat	6
594	8.5.4.5	17	576 ⁸ , 585 ¹² , 590 ⁷	Si serv. vindic	7
614	9.2.11.3	18	613 ^{86x} , 615 ^{86x} 618 ^{86x} , 619 ⁸⁶ , 621 ⁸⁶	Ad legem Aquil.	86
619	9.4.2.1	18	613 ^{86x} , 615 ^{86x} , 618 ^{86x} , 621 ⁸⁶	Ad legem Aquil.	86
621	9.2.27.3	18	613 ^{86x} , 615 ^{86x} , 618 ^{86x} , 619 ⁸⁶	Ad legem Aquil.	86
783	13.4.2.7	27	784 ^{11x} , 788 ¹¹ , 793 ^{11x}	De eo quod certo loco	11
852	15.1.7.1	29	838 ¹² , 851 ¹² , 857 ^{12x} 875 ¹² , 878 ¹² , 879 ^{12x} 881 ¹² , 882 ¹²	Quod cum eo (de peculio)	12
852	15.1.9.8	29	838 ¹² , 851 ¹² , 857 ^{12x} 875 ¹² , 878 ¹² , 879 ^{12x} 881 ¹² , 882 ¹²	Quod cum eo (de peculio)	12
878	12.1.14	29	838 ¹² , 851 ¹² , 852 ¹² , 857 ^{12x} , 875 ¹² , 879 ^{12x} , 881 ¹² , 882 ¹²	Quod cum eo (ad SC. Mac.)	12
881	16.1.8.2	29	838 ¹² , 851 ¹² , 852 ¹² , 857 ^{12x} , 875 ¹² , 878 ¹² 879 ^{12x} , 882 ¹²	Quod cum eo (Ad SC. Vell.)	12
895	16.3.1.22	30	896 ¹³	Depos. vel contra	13
1232	29.4.10.pr	50	1218 ³¹ , 1230 ³¹ , 1263 ¹²	De testamentis (Si quis omitta)	31
1257	36.4.5.29	52	1269 ⁴⁹	De legatis (ut in poss. ...)	38
1384	42.4.3.pr.	59	-	Quod cum pup.	45

Exzerpte aus anderen Büchern der Julianschen Digesten als den - von der behandelten Materie her gesehen - unmittelbar einschlägigen, finden sich höchst selten²¹. Dieses Vorgehen Ulpian's kann man in allen 81 Büchern des Ediktskommentars nachweisen²².

Läßt sich aber zeigen, daß Ulpian immer dort, wo er eine Marcellusnote zitierte, die Digesten Julians daneben aufgeschlagen hatte, so liegt die Vermutung nahe, daß schon Ulpian die Marcellischen Noten in einer Ausgabe der Digesten Julians und nicht in einem selbständigen Kommentar las. Die Richtigkeit unserer Vermutung wird noch erhärtet durch die Tatsache, daß Julians Digesten zusammen mit Pomponius' Ediktskommentar die Hauptquelle für Ulpian's libri ad edictum darstellten²³.

Steht damit fest, daß jedenfalls Ulpian Marcell's notae aus Julians Digesten und nicht aus einem lemmatischen Kommentar

21 Bei den Julianzitat'en mit Noten ist eine Abweichung nur für Pal. 403 (D. 4.4.11.5) festzustellen. Hier schöpft Ulpian wohl aus Marcell's Note in l. 14, vgl. Pernice 368 und Fn.70.

22 Auffallend ist aber dennoch, daß nach dem 59. Buch keine Marcellusnote mehr von Ulpian zitiert wird. Das könnte mit einer Überarbeitung des letzten Drittels des Ediktskommentars in nachklassischer Zeit zusammenhängen: Anzeichen hierfür ist eine deutliche Änderung in der Zitierweise. Während bis zum 52. Buch bei sehr vielen Julianzitat'en die Buchzahl in seinen Digesten genannt wird (für die Bücher, in denen Noten zitiert werden vgl. die obige Tabelle), fehlt eine solche Angabe in sämtlichen 36 weiteren Julianzitat'en in den Büchern 53-81. Auf die Kompilatoren dürfte dies nicht zurückgehen; denn die an der Exzerption der Bücher 53-81 beteiligten Kommissionen sind dieselben, die auch die ersten 52 Bücher des Kommentars bearbeiteten (vgl. Honoré-Rodger, How the Digest Commissioners worked, SZ 87 (1970) 246 ff., insbes. 296 ff.). Mit der oberflächlichen Zitierweise etwa ab Buch 53 mag auch eine Streichung der Marcellischen Notenzitate bei Ulpian einhergegangen sein. Noch einleuchtender ist aber die Erklärung für den auffälligen Wechsel der Zitiergewohnheiten, daß Ulpian ab Buch 60 des Ediktskommentars nicht mehr direkt aus Julians Digesten schöpfte.

23 Pernice, op. cit. 367.

las, so darf dies auch für Tryphonin, der in D. 49.15.12.2 (4 disp) eine Note des Marcell zitiert²⁴, und noch mehr für den Zeitgenossen Ulpian, Paul (D. 31.82.2, 10 quaest.; D. 48.10.14.1, 42 quaest. und D. 41.3.15 pr., 15 Plaut.) vermutet werden.

II.

1. Dürfen wir demnach davon ausgehen, daß bereits die Spät-klassiker die Marcellischen Noten in einer Ausgabe der Digesten Julians lasen, so ist anzunehmen, daß Marcell selbst die Julianischen Digesten mit Noten neu herausgegeben hat.

2. Ganz sicher ist dies freilich nicht. Auch ein Dritter - nach Marcells Tod - könnte die Digesten Julians mit den Noten Marcells erstmals veröffentlicht haben²⁵.

24 Daß es sich hierbei um eine Note Marcells handelt, ergibt sich aus D. 49.15.22.3 (Jul. 62 dig.), wo Julian genau dasselbe Problem behandelt, sowie aus D. 41.3.15 pr. (Paul 15 Plaut.), wo Paul ebenso wie Tryphonin die Positionen des Julian und Marcell einander gegenüberstellt; vgl. Lenel, Pal. I, 633 Fn.6.

25 Sowohl der Jurist selbst als auch ein anderer Herausgeber können die Noten mit dem Namen des Verfassers eingeleitet haben. Selbstzitate in der 3. Person finden sich auch in anderen Juristenwerken, vgl. Sciascia a.a.O. 424; Schulz 272 u. Fn.4 zu "Julianus notat" bei dessen Werk "Ad Urseium Feroem". Ein "ego" würde in dem Werk eines anderen Juristen nur Unklarheit über die jetzt sprechende Person beim Leser hervorrufen. Möglicherweise war der Verfassername bei den Noten etwas nach links versetzt, gerötet oder gesigelt, wie wir es von den Berliner und Pariser Papinianfragmenten kennen (vgl. dazu Krüger SZ 1 (1880) 93 ff., insbes. 106 und Fn.18, sowie ders. SZ 5 (1884) 169).

Der ständige Wechsel in den Noteneinleitungen zwischen "Marcellus notat" und dem schlichten "Marcellus" geht auf das Konto nachklassischer Bearbeiter, nicht auf das der Kompilatoren. Bei der Herausgabe der notae mit dem Hauptwerk wurde wohl eine einheitliche Noteneinleitung gewählt. Mit dem Namen des Verfassers beginnen durchweg Tryphonins Noten zu Scaevolus Digesten, Ulpian und Paul Anmerkungen zu Papinians Responsen in den Berliner und Pariser Fragmenten, Pauls notae zu Labeos Pithana. Einheitlich mit Julianus notat beginnen die Noten dieses Juristen zu Minicius und Urseius Ferox, wie auch Ulpian Anmerkungen zu den Digesten Marcells. Ein Wechsel zwischen beiden Formen findet sich bei Ulpian Anmerkungen zu Papinians Responsen in den Digesten. Wahrscheinlich ist die Einleitung mit dem bloßen Verfassernamen, wie wir sie aus den ältesten

3. Die Folge davon ist eine Unsicherheit in der Terminierung der Erstveröffentlichung. In den Noten selbst gibt es keine Anhaltspunkte, die den Zeitpunkt ihrer Abfassung oder Veröffentlichung bestimmen lassen. Man wird jedoch mit Wieacker²⁶ nicht annehmen können, daß sie noch zu Lebzeiten Julians im Zuge einer Neuauflage seiner Digesten, sei es durch Marcellus selbst oder einen Dritten, in die Julianische Digestenausgabe aufgenommen wurden. Eine Neuauflage der Digesten Julians durch einen Dritten ist im Hinblick auf die überragende juristische Persönlichkeit und Autorität Julians fast undenkbar.

Julians Todesjahr ist ungewiß; es wird zwischen 170 und 185 anzusetzen sein²⁷. Damit dürfte auch der früheste Erscheinungszeitpunkt der Neuauflage festliegen. Der terminus ante quem läßt sich mit Pauls Abfassung der libri ad Plautium - der genaue Zeitpunkt ist unbekannt²⁸ - sowie seiner Quaestiones (nach 203 aber vor 212), Tryphonins Redaktion der ersten Hälfte seiner Disputationen unter Caracalla und Geta 211 n. Chr.)²⁹ und jedenfalls der Abfassung der ersten Hälfte der libri ad edictum Ulpianus unter Caracalla bestimmen³⁰.

uns erhaltenen Notenfragmenten - den Berliner und Pariser Papinianfragmenten - kennen. Das häufig anzutreffende "notat" geht aber wohl kaum auf die Kompilatoren zurück, die sicherlich eine einheitliche Bezeichnung gewählt hätten. In Frage kommen demnach nur nachklassische Bearbeiter, die durch den Zusatz "notat" noch einmal verdeutlichen, was ohnehin gemeint war, daß es sich nämlich um eine Note des betreffenden Juristen handelte.

26 Wieacker op. cit. 84 spricht im Zusammenhang mit den notae zurecht von posthumen Neuauflagen; ebenso schon Fitting, Alter und Folge 61.

27 Vgl. Bund, Salvius Julianus, Leben und Werk in ANRW II, 15 (1976) 430.

28 Fitting 90: Jedenfalls nach dem Tode des Mark Aurel (180).

29 Fitting 80.

30 Fitting 104 ff.

§ 5 Erklärende Noten

Das Bild der Marcellischen Noten zu Julian ist heterogen. Während die Mehrheit der Anmerkungen die Entscheidungen Julians kritisch beleuchten, gibt es auch eine ganze Reihe von notae, welche diese kritische Distanz vermissen lassen. Die Intention dieser Kategorie ist eine ganz andere. Sie stellen für eine apodiktisch formulierte Julianentscheidung den zugrunde liegenden abstrakten Entscheidungssatz heraus, oder postulieren durch Hinzufügen eines gleichgelagerten Beispiels eine solche Regel, ohne sie zu nennen. In anderen Fällen werden lehrbuchartige Ausführungen gemacht, die nur noch in losem Zusammenhang mit dem Ausgangssachverhalt Julians stehen und den entscheidungsrelevanten Tatbestand schließlich dadurch verdeutlichen, daß sie durch Abwandlung des Sachverhalts die Grenzen der Julianentscheidung aufzeigen. Diese Noten sind vergleichbar den griechischen Sinaischolien, indem sie sich wie jene auf eine dem Hauptwerk "dienende" Funktion beschränken.

Man kann diese Notenkategorie nicht lediglich als einen "Einbruch" in das ansonsten hohe Niveau der Anmerkungen disqualifizieren¹. Daß etwa ein Viertel aller uns erhaltenen Noten hierher zu rechnen sind, muß uns am Ausnahmecharakter dieser Art von notae zweifeln lassen. Möglicherweise verbergen sich auch hinter zahlreichen indirekt überlieferten Anmerkungen, die eine Übereinstimmende Haltung von Julian und Marcell dokumentieren, ohne deren inhaltliche Aussagen zu präzisieren², Noten der beschriebenen Art. Wie wir aus den auf uns gekommenen notae³ - nicht nur des Marcellus sondern auch aller anderer Juristen - unschwer ersehen können, war niemals alleiniger Inhalt einer Note die bloße Zustimmung zum Grundtext.

1 Zur Leistungskonstanz bei den klass.römischen Juristen vgl. oben S. 21 ff.

2 D 29.4.10 pr. (Ulp.-Marc. 50 ed.); D. 36.4.5.29 (Ulp.-Marc. 52 ed.); D. 38.4.8 (Mod.-Marc. 7 diff.); D.9.2.27.3 (Ulp.-Marc. 18 ed.); D. 9.4.2.1 (Ulp.-Marc. 18 ed.).

3 Vgl. die Zusammenstellung der Notenwerke bei Liebs, oben S. 23 Fn.3.

I. An den Anfang unserer Untersuchung dieser Notenkategorie wollen wir diejenigen Anmerkungen stellen, in denen Marcellus die der Julianischen Entscheidung zugrunde liegende Regel anführt.

1. Ein solches Beispiel finden wir in

Pal. Jul. 321 = D. 26.8.12 (Jul. 21 dig.)

Si servus communis tuus et Titii a pupilla tua te auctore aliquam rem per traditionem acceperit, tota ad Titium pertinebit.
Marcellus notat: nam quodcumque ad omnes dominos non potest pertinere, id pro solido ad eum, cui adquiri potest, pertinere veteres comprobaverunt.

Einem Tuus und Titius gehörenden servus communis wird von einer Unmündigen, deren Vormund Tuus ist, mit dessen auctoritas eine Sache manzipiert⁴. Nach Julian erwirbt der gemeinsame Sklave die Sache allein dem Titius. Marcellus stellt die für dieses Ergebnis geltende regula heraus, welche er auf die republikanischen Juristen zurückführt: Was einer der Miteigentümer nicht erwerben könne, komme dem anderen in Gänze zu. Die Unmöglichkeit des Erwerbs für den Tuus beruht auf der regula "Ipse tutor in rem suam auctor fieri non potest"⁵ und ist nicht weiter problematisch. Unumstritten war auch⁶ der

4 Die Ersetzung der im 6. Jh. längst obsoleten mancipatio durch die traditio (CJ 7.31.1.5 a. 531) ist hier offenkundig, vgl. Gradenwitz SZ 6 (1885) 64, sowie die weiteren im Ind. itp. ad. h. l. genannten Autoren, berührt aber im Übrigen die Stelle nicht.

5 I. 1.21.3; D. 36.1.1.13 (Ulp. 3 fideic.); D. 26.8.1 pr. (Ulp. 1 Sab.); 1. 5 pr. h.t. (Ulp. 40 Sab.); 1. 22 h.t. (Lab. 5 pith.); D. 27.4.1 pr (Ulp. 36 ed.); UE 11,24; zu diesem Grundsatz siehe schon Rudorff, Das Recht der Vormundschaft II (1833) 304 ff; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts III⁹ (1906) 149; Solazzi, Le azioni del pupillo e contro il pupillo, Bull. 22 (1910) 101 ff.; Sachers, Art. Tutela, RE VII A (1943) 1497 insb. 1549; Spiro, Tutor in rem suam auctor fieri nequit in Tydskrif v. Hed. Rom. -Holl. Reg., 16 (1953) 132 ff.; Bretone, Servus communis (1958) 60.

6 Entgegen Bretone S. 60 ff. nicht nur unter den Sabinianern.

von Marcellus wiedergegebene Grundsatz, daß bei einem auf einer Stipulation oder Manzipation beruhendem Erwerb durch einen *servus communis*, der Tutor in der Weise vom Erwerb auszuscheiden sei, daß der gemeinsame Sklave nur dem anderen Miteigentümer erwarb.⁷

Es bleibt einerseits festzuhalten, daß Julians Entscheidung wegen ihrer Selbstverständlichkeit einem Juristen nicht erst hätte erläutert werden müssen. Auf der anderen Seite hält das Ergebnis Julians - vor das Forum gesicherter Dogmatik gezogen - einer kritischen Prüfung des Dogmatikers stand.

7 I. 3.17.3; D. 45.3.1.4 (Jul. 52 dig.); D. 45.3.17 (Pomp. 9 Sab.); D. 45.3.8 (Gai. l. s. de cas.); D. 45.3.19 (Scaev. 13 quaest.); D. 7.1.25.4 (Ulp. 18 Sab.); D. 41.1.23.3 (Ulp. 43 Sab.); D. 45.3.7.1 (Ulp. 48 Sab.); l. 9 pr. h.t. (Ulp. 48 Sab.).

Bretone 60 ff. sieht - ausgehend von einer unterschiedlichen begrifflichen Erfassung des Miteigentums am *servus communis* durch Julian und Ulpian (D. 30.81.1 Jul. 32 dig: *Servus communis quasi duo servi sunt*, Ulp.: *sic omnium est non quasi singulorum totus sed pro partibus utique indivisus*, D. 45.3.5 Ulp. 48 Sab.) - einen die klass. Juristprudenzen beherrschenden Schulenstreit auch in dieser Frage. Während die Sabinianer ein Anwachsungsrecht bejaht hätten, sei ein solches von den Prokulanern verneint worden. Anders als für den Fall des Erwerbs *iussu unius domini*, wo uns Gaius 1,167 a tatsächlich von einem Streit der *diversae scholae* in dem dargelegten Sinne berichtet, ist uns ein solcher für die hier in Frage stehende Fallgestaltung nicht überliefert. Bretone sieht sich daher gezwungen, die Ulpianfragmente D. 7.1.25.4; D. 41.1.23.3; D. 45.3.7.1; l. 9 pr. h. t. für interpoliert zu erklären, da er in Ulpian einen Epigonen der Prokulaner sieht. Ist es schon mehr als fragwürdig, einen Schulenstreit allein unter Berufung auf Quellen eines spätklassischen Juristen zu diagnostizieren, so ist die Fortsetzung der prokulanischen Tradition durch Ulpian keineswegs eine ausgemachte Sache. Liebs, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, in ANRW II, 15 (1976) 197 ff. insb. 282 ff. sieht in Ulpian gerade einen Juristen, der sich mehr der Sabinianischen Schule verpflichtet fühlte. Gaudemet, Labeo 5 (1959) 245 ff. hat erhebliche Zweifel an der These vom Schulenstreit angemeldet. Die Prüfung der von Bretone angezeigten Quellen D. 7.1.25.4 (Bretone 64 ff.), D. 41.1.23.3 (Bretone 78 ff.), D. 45.3.7.1 (Bretone 64 ff.) sowie D. 45.3.9 pr. (Bretone 70 ff.) ergibt zwar eine partielle Überarbeitung dieser Stellen, aber nicht die Verkehrung der dort getroffenen Entscheidungen in ihr Gegenteil (ebenso die bei Bretone jeweils angeführte Literatur). Keine Bedenken gegen die prinzipielle Geltung der von Marcell wiedergegebenen Regel haben Scherillo, Sulla stipulazione del *servus e del filiusfamilias*, in St. Bonfante IV (1930)

2. Um die Formulierung einer Regel ging es Marcell auch in

Pal. Jul. 425 = D. 28.5.5 (Jul. 29 dig.).

Marcellus notat: Si eiusmodi sit condicio, sub qua filius heres institutus sit ut ultimo vitae eius tempore certum sit eam existere non posse et pendente ea decedat, intestato patri heres erit, veluti 'si Alexandriam pervenerit heres esto'; quod si etiam novissimo tempore impleri potest, veluti 'si decem Titio dederit heres esto' contra puto.

Leider ist der Juliankontext nicht mehr mit Sicherheit auszumachen; lediglich aus den unmittelbar vorausgehenden Erörterungen Ulpians in lex 4 pr. §§ 1 und 2 am Anfang, die sich offensichtlich eng an die Julianvorlage anlehnen⁸, läßt sich der Zusammenhang erkennen.

Marcells Note liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein ohnehin zur Erbshaft berufener Haussohn ist vom pater familias unter einer Bedingung, deren Erfüllung vom Willen des eingesetzten filius selbst abhing, zum Testamentserben eingesetzt worden. Stirbt der Sohn vor Erfüllung der Bedingung, beerbt er seinen Vater als Intestaterbe. Als Beispiel für eine solche Potestativbedingung führt Marcell anschließend die Erbeinsetzung 'si Alexandriam (sc. filius) pervenerit heres esto' an. Dagegen werde der Sohn nicht Intestaterbe, wenn die Bedingung noch im letzten Augenblick seines Lebens von ihm erfüllt werden kann, wie etwa bei einer Bedingung der Art: 'si decem Titio derderit heres esto'.

203 ff. insb. 208 u. Fn. 12-15; Watson, The Law of property in the Later Roman Republic (1968) 78 ff.

8 Meinhardt, Die bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes in FS Kaser (1973) 115, 126 u. Fn. 48; vgl. auch die bei Ulpian besonders häufige Entlehnung von Fällen und Entscheidungen, ohne daß die Quelle genannt wird; dazu treffend für die libri ad edictum, A. Pernice, oben S. 34 Fn. 20, 386 ff. "Wo er selbst spricht, kann er abgeschrieben haben." Dies gilt insbesondere für die Erörterungen in § 1, die eben die von Marcell angeführten Potestativbedingungen zum Inhalt haben.

Nach allgemeinem römischem Bedingungsrecht war die Erbeinsetzung eines Haussohnes unter einer Bedingung, deren Erfüllung unmöglich ist, hinfällig und der Sohn ab intestato zur Erbfolge berufen⁹.

Dagegen hatte bei Erbeinsetzung eines Haussohnes unter einer Potestativbedingung das Testament auch dann Bestand, wenn der filius die Bedingung nicht erfüllte¹⁰. Der Sohn und seine Erben gingen in diesem Falle leer aus.

In der Note unterscheidet Marcell unter Billigung Papinians, D. 28.7.28 (13 quaest.); Bei einer Bedingung, zu deren Erfüllung eine physische Kraftanspannung erforderlich ist (si Alexandriam pervenerit) kann - etwa anhand des Gesundheitszustandes des sub condicione potestativa eingesetzten Erben - festgestellt werden, daß die Bedingung schon vor dem Tod des Erben unerfüllbar geworden ist. In diesem Falle beerbt der heres scriptus nachdem das Testament hinfällig geworden ist, seinen Vater als Intestatserbe. Ist zur Erfüllung der Bedingung aber keine physische Kraftanspannung erforderlich, ist insbesondere deren Erfüllung mit Hilfe Dritter möglich (si decem Titio dederit), dann wird das Testament des Vaters erst mit dem Tode des suus unwirksam, letzterer also auch nicht Intestatserbe des Vaters.

Julians Grundtext referiert Ulpian in

D. 28.5.4 pr. (Ulp. 4 Sab.)

Nachdem Ulpian in lex 4 pr. die Regel dargelegt hat, daß auch der Haussohn unter einer Potestativbedingung eingesetzt werden könne⁹, fährt er fort:

⁹ Dazu Meinhart oben Fn.8

¹⁰ D. 28.5.4 pr. (Ulp. 4 Sab.); D. 28.2.16 (Afr. 4 quaest.); D. 28.5.6 pr. (Ulp. 4 Sab.); l. 87.1 h.t (Maec. 7 fideic.); D. 28.7.28 (Pap. 13 quaest.); D. 38.16.1.8 (Ulp. 12 Sab.); zum ganzen Voci DER II 635.

Sed utrum ita demum institutio effectum habeat, si paruerit condicioni, an et si non paruerit et decessit Iulianus putat filium sub eiusmodi condizione institutum etiam, si condicioni non paruerit, summotum esse, et ideo si coheredem habeat ita institutus, non debere eum expectare, donec condicioni pareat filius, cum etsi patrem intestatum faceret non parendo condicioni, procul dubio expectare deberet. quae sententia probabilis mihi videtur, ut sub ea condicione institutus, quae in arbitrio eius sit, patrem intestatum non faciat.

Julian behandelt den Fall, daß ein unter einer Potestativbedingung zum Erben eingesetzter Haussohn, bevor er die Bedingung erfüllt hat, stirbt. Die Rechtsfolge ist nach ihm: Der Haussohn gelangt nicht zur Erbschaft. Ist jedoch ein Miterbe vorhanden, dann wird das Testament durch die Nichterfüllung der Bedingung nicht unwirksam; der Miterbe kann demnach die Erbschaft schon jetzt antreten, da auch bei Nichteintritt der Bedingung das Testament bestehen bleibt¹¹.

Nach Darlegungen zum Begriff der Potestativbedingung¹² folgt in § 2:

Sed etsi filio sub condicione, quae in eius potestate est, herede instituto nepos sit substitutus sive extraneus, puto vivo filio non exstaturum heredem substitutum, post mortem vero exstaturum¹³.

Dem unter einer Potestativbedingung eingesetzten Haussohn ist

11 Schmidt, Das formelle Recht der Notherben 43 Fn. 127; La Pira, La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano (1930) 62 ff.; Meinhart, op. cit. 126. Die radikalen Streichungen Beselers, SZ 45 (1925) 260 sind unberechtigt, vgl. La Pira 62, der allerdings in dem ut sub ea condicione institutus - fin. ein Glossen vermutet. Ohne grundsätzliche Bedenken - lediglich eine Kürzung des et ideo Satzes wird konstatiert - Meinhart 115 ff., 126.

12 Dazu statt aller, Meinhart 115 ff.

13 Der Rest, der sich mit dem Problem der Enterbung befaßt, kann in unserem Zusammenhang außer Betracht bleiben. Vogel, Über die bedingte Erbeinsetzung, SZ 68 (1951) 497, 498; Voci DER II 635 Fn. 5; 993 Fn. 19; Meinhart 125.

ein Enkel des Erblassers oder ein extraneus substituiert worden. Ulpian - vielleicht auch hier unter Zugrundelegung Julians - entscheidet, daß die Substituten erst nach dem Tode des eingesetzten Erben als Erben zugelassen werden können. Damit setzen sich Julian und Ulpian keinesfalls in Widerspruch zu Marcell.

Sind in beiden von Marcell genannten Alternativen dem Erben Ersatzerben benannt¹⁴, dann treten bei einer Bedingung der Art *si Alexandriam pervenerit* diese noch zu Lebzeiten des Sohnes an dessen Stelle als Testamentserben, bei einer Bedingung wie *si decem Titio dederit* hingegen wird der Schwebeszustand erst durch den Tod des *suus* beendet, der das Testament unwirksam macht. Die Substituten kommen nicht als Testamentserben sondern allenfalls als Intestaterben zum Zuge.

Eine Potestativbedingung der Art *'si decem Titio dederit'* kann nach der von Ulpian befürworteten Lösung dem in D. 28.5.4.2 dargelegten Fall nicht zugrunde gelegen haben¹⁵; denn in diesem Falle wäre das Testament mit dem Tode des Sohnes hinfällig, und ein extraneus könnte nicht mehr Intestaterbe werden. Demnach kann es sich in D. 28.5.4.2 nur um eine Bedingung wie *'si Alexandriam pervenerit'* gehandelt haben. Hier rücken die Substituten bereits zu Lebzeiten des Erben an dessen Stellung: *'nam superior (sc. si Alexandriam pervenerit) quodam species condicionis admittit vivo filio nepotes ad hereditatem'* (Pap. D. 28.7.28). Der Widerspruch zu D. 28.5.4.2: *'puto vivo filio non exstaturum heredem substitutum, post mortem vero exstaturum'*, ist nur ein scheinbarer. Auch in Fällen, in denen die Erfüllung der Bedingung bereits vor dem Tode des bedingt Eingesetzten unmöglich geworden ist, erlangt man Gewißheit erst mit dem Tode des *suus*, da ein heute noch Todkranker morgen vielleicht doch noch genesen und nach Alexandria fahren kann. Deshalb hat man *ex post* zu prü-

14 So ausdrücklich Pap. 13 quaest. D. 28.7.28

15 So aber Mühlenbruch, Glücks Pandekten 36 (1833) 370; anders D. 38.16.1.8, wo es um eine Bedingung der Art *si decem Titio dederit* gegangen ist; denn, wie sich aus dem ersten Teil des Fragments ergibt, steht Intestaterbfolge in Frage.

fen, ob die Erfüllung der Potestativbedingung zu Lebzeiten des suus möglich war oder nicht¹⁶. Dies ist eine reine Tatfrage (D. 28.5.4.1). War die Potestativbedingung im letzten Augenblick seines Lebens nicht mehr erfüllbar, so ist der sub condicione potestativa eingesetzte Haussohn r ü c k w i r k e n d vom Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit als ordnungsgemäß enterbt anzusehen. Je nach Sachlage erbten entweder der Substitut (D. 28.7.28, D. 28.5.4.2) oder coheres (eod. l. 4 pr.), waren keine Miterben eingesetzt, der suus nach Destituierung des Testaments selbst (eod. l. 5, D. 28.7.28). Papinian betont in lex 28 die Rückwirkungsfiktion (vivo filio), während Ulpian auf den Zeitpunkt der Entscheidung (post mortem), also dann, wenn Klarheit über Eintritt oder Ausbleiben der Bedingung besteht, abhebt.

Die Marcellusnote dürfte an die in l. 4 pr. wiedergegebene von Julian erörterte Konstellation angeknüpft haben. Im Mittelpunkt der Julianschen Betrachtung stand die auch von Ulpian in lex 4 pr. aufgeworfene Frage: "sed utrum ita demum institutio effectum habeat, si paruerit condicioni an et si non paruerit et decessit." War zunächst einmal die bedingte Erbeinsetzung als Durchbrechung des Grundsatzes, daß der Sohn unmittelbar mit dem Erbfall die Erbschaft entweder erwirbt oder von Anfang an enterbt ist, anerkannt, so war damit offensichtlich die sich anschließende Frage, ob die bedingte Einsetzung gültig bleibe, wenn der Sohn die Bedingung bis zu seinem Tode nicht erfülle, noch nicht entschieden. Julian befürwortet die Wirksamkeit der heredis institutio auch in diesem Fall. Allein dies war das Problem in lex 4 pr. Der coheres-Fall verdeutlicht das, worauf es Julian ankam noch einmal, wenn in der Begründung festgestellt wird, daß die Nichterfüllung der Bedingung durch den Sohn das Testament hier nicht destituieren.

Marcell hat wohl im Anschluß an diese Julianausführungen die allgemein akzeptierte Differenzierung in einer generell Geltung beanspruchenden Regel dargelegt. Daß auch Julian diesel-

16 Vogel 497.

be Auffassung vertrat, darf man einer Bemerkung seines Schülers Afrikan in einem anderen Zusammenhang entnehmen.

D. 28.2.16 (Afr. 4 quaest.)

....neminem ex eo testamento heredem fore,
ipse filius intestato patri heres existet:
sicut evenire solet, cum ab ea condicione
quae in ipsius potestate erit, filius heres
institutus, priusquam ei pareret, moriatur¹⁷.

Die Note ist wohl von Ulpian selbst in lex 4 zitiert worden. Sie steht zwischen zwei Fragmenten aus dem Ulpian'schen Sabinuskommentar und paßt sich zwanglos in die bei D. 28.5.4 pr. beginnenden und bis eod. l. 6 § 4 fortlaufenden Erörterungen Ulpians ein. Die Kompilatoren haben beim Exzerpieren des 4. Buches des ulpianischen Sabinuskommentars die Note Marcells in den Digesten Julians nachgeschlagen, eine Arbeitsweise, die sich auch an anderer Stelle nachweisen läßt¹⁸.

3. Um einen Leitsatz handelt es sich auch in der ebenfalls ohne den julianischen Grundtext überlieferten Note in

D. 50.17.66 (Jul. 60 dig.) = Pal.Jul. 750

Desinit debitor esse is, qui nactus est
exceptionem iustam nec ab aequitate naturali
abhorentem.

Die Stelle wird fast durchweg für interpoliert gehalten¹⁹, da sie in striktem Gegensatz zu Gai. 4,116 und I. 4,13 stehe, wo klar zwischen der zivilrechtlich unberührt bleibenden Obliga-

¹⁷ Zum Verhältnis Julian-Afrikan vgl. die Übersicht bei Wacke, D. 19.2.33 : Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt, in ANRW II, 15 (1976) 461 ff. u. Fn. 19. Für eine größere Eigenständigkeit Afrikans plädiert Wacke a.a.O.

¹⁸ Dazu oben S. 31 Fn. 5.

¹⁹ Vgl. Ind. itp. sowie dazu Maschi, La concezione naturalistica (1937) 217 ff.; Kaser RP II² § 199 II (= S. 71 u. Fn. 51).

tion und der nur amtsrechtlichen Wirkung der exceptio unterschieden werde; außerdem sei die aequitas naturalis nichts anderes als das byzantinische τὸ φυσικὸν δίκαιον. Diese Würdigung der Note wird ihr jedoch nicht gerecht. Mit seinem Hinweis auf D. 46.2.12 (Paul 31 ed.) und fr. Vat. 266 = D. 12.6.26.3 (Ulp. 26 ed.) hat Lenel²⁰ den sachlichen Zusammenhang aufgezeigt, dem die Note zuzuordnen ist, dem der lex Cincia.

fr. Vat. 266

D. 12.6.26.3 (Ulp. 26 ed.)

Indebitum solutum accipimus non solum si omnino non debebatur sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem; quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit.

Indebitum solutum accipimus non solum si omnino non debebatur sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat; quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit²¹.

Ulpian sagt nicht, eine einredebehaftete Obligation sei eine Nichtschuld, sondern formuliert: Nichtschuld ist auch eine amtsrechtlich nicht durchsetzbare Schuld, so daß auch das mit der condictio indebiti zurückgefordert werden kann, was jemand trotz des Schutzes einer peremptorischen Einrede geleistet hat. Bei Einreden kann man im Hinblick auf den Prozeßausgang durchaus sagen, daß sie mit unmittelbar aufhebender Kraft ausgerüstet sind²². Demgemäß sind entgegen Guarneri-Citati und Riccobono²³ die weiteren Quellen, welche behaupten,

20 Lenel Pal. I 467 Fn. 1: Im 60. Buch behandelt Julian die lex Cincia.

21 Zu diesen Quellen eingehend Schwarz, Die Grundlage der condictio 31 ff. Die Abweichung beider Fragmente am Schluß dürfte sich durch eine Glossierung der lex 26.3 in nachklassischer Zeit erklären; ulpianisch ist demnach Vat.266, vgl. Schwarz 32 ff.

22 Wlassak, Vom Ursprung der römischen Einrede, Festgabe Pfaff (1910) 48; ähnlich Pringsheim, SZ 41 (1920) 258 u. Fn. 4 m.w. Quellenachweisen.

23 Guarneri-Citati, Bull 32 (1922) 207 ff. und Riccobono, Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano, SZ 43 (1922) 293 ff.

eine durch Exzeption entkräftete Schuld sei keine Schuld²⁴, kaum interpoliert²⁵.

Für die Marcellusnote in D. 50.17.66 bedeutet diese Erkenntnis, daß Marcellus denjenigen, der aufgrund eines unter Verstoß gegen die lex Cincia stipulierten Schuldversprechens in Anspruch genommen wird, einem Nichtschuldner gleichstellt. Marcellus will hier nicht die Grenzen zwischen Zivil- und Amtsrecht verwischen, sondern lediglich im konkreten Zusammenhang auf die vergleichbare Lage des Schuldners hinweisen: Weder im Falle einer nach ius civile unwirksamen, noch im Falle einer mit einer dauernden Einrede behafteten Obligation muß der Schuldner zahlen.

Paul bringt dies in D. 50.17.112 (8 ed.) auf folgenden Nenner:

Nihil interest, ipso iure quis actionem
non habeat an per exceptionem infirmatur.

Die Byzantiner haben solchen Sätzen gewiß einen anderen Sinn beigelegt als die Klassiker. Für sie waren sie Ausdruck der Nivellierung der verschiedenen Bereiche von ius civile und ius praetorium²⁶.

Marcellus Note dokumentiert einmal mehr seine Neigung zur Formulierung vom Einzelfall losgelöster, generelle Geltung beanspruchender Leitsätze.

24 D. 45.1.25 (Pomp. 20 Sab.); D. 34.4.15 (Paul l.s. ad s. lib.); D. 40.12.20.3 (Ulp. 55 ed.); D. 50.16.55 (Paul 16 brev. ed.); D. 44.7.42.1 (Ulp. 21 ed.); D. 4.3.7.8 (Ulp. 11 ed.); D. 4.8.23 pr. (Ulp. 13 ed.); D. 50.16.10 (Ulp. 6 ed.).

25 Ebenso Schwarz 34.

26 Nicht von Marcell stammt allerdings der letzte Satzteil, 'nec ab aequitate abhorentem'. Klassisch ist gegen Riccobone 294 Fn. 3 und Maschi 218, 219 im Hinblick auf Gai 4, 126 das 'iustam'. Die Gegenüberstellung des von Natur aus gerechten und des positiven Gesetzes ist byzantinisch, vgl. Pringsheim SZ 42 (1921) 667; Riccobone 293; Collinet, Études (1977) 497 ff.; Kaser RP II² § 199 II = S. 71; zu natura auch Honoré, Tribonian (1978) 85 u. Fnn. 173, 174.

Den Kompilatoren erschien wegen ihrer Aussagekraft die Note erhaltenswerter als Julians Grundtext.

4. Eine Note der gleichen Art ist bei Ulpian D. 12.1.14 (Ulp. 29 ed) überliefert. Daß es sich hier um ein Zitat aus Marcellus' Notenwerk handelt, legt die Palingenesie nahe. Der Grundtext Julians wird in D. 14.6.9.1 (Ulp. 29 ed) von Ulpian referiert²⁷.

D. 12.1.14 (Ulp. 29 ed)

Si filius familias contra senatus consultum mutuatus pecuniam solverit patri nummos vindicanti nulla exceptio obicietur: sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare conductionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esset. denique per errorem soluti contra senatus consultum crediti magis est cessare repetitionem.

Ein Haussohn hat ein ihm unter Verstoß gegen das SC. Macedonianum gewährtes Darlehen zurückgezahlt. Solange das gezahlte Geld noch unterscheidbar beim Gläubiger vorhanden ist²⁸, kann der pater familias es vindizieren. Ist dies nicht der Fall, so gibt es nach Marcellus keine Kondiktion, weil eine solche nur dann stattfindet, wenn das Geld aus einem solchen Grund gezahlt worden war, daß eine Klage hätte entstehen können, vorausgesetzt, das Eigentum wäre auf den Empfänger übergegangen. Im vorliegenden Falle treffe dies aber nicht zu.

Den Kontext zu unserer Note finden wir ebenfalls bei Ulpian überliefert in

27 Daß beide Fragmente zusammengehören ist unbestritten, vgl. auch Lenel, Pal. Jul 186.

28 Diese Einschränkung folgt aus dem in bewußtem Gegensatz dazu gehaltenen "sed si fuerint consumpti a creditore nummi."

D. 14.6.9.1 (Ulp. 29 ed.) = Pal. Jul. 186

Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? et ait Iulianus, si quidem hac condicione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse et ideo, si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere.

Es wird gefragt, ob der Vater, wenn jemand dem Haussohn Geld geschenkt und dieser es zur Ablösung eines Kredites an den Gläubiger gezahlt hat, das Gezahlte vindizieren oder auf andere Weise zurückverlangen könne. Julian unterscheidet: Ist die Schenkung unter der Bedingung erfolgt, daß der Haussohn mit dem Geld das Darlehen zurückzahle, so werden die Münzen als vom Schenker direkt dem Gläubiger zugewandt betrachtet und Eigentum des Gläubigers. Ist die Schenkung jedoch eine unbedingte, dann habe eine Entäußerung des Geldes durch den Sohn nicht stattgefunden und dem Vater stehe auf alle Fälle eine *condictio* zu.

Beide Fragmente waren Gegenstand einer breiten wissenschaftlichen Diskussion²⁹, die sich vorwiegend mit dem Problem der Vereinbarkeit der von Julian und Marcellus propagierten Lösungen beschäftigte. Während Marcellus die *condictio* nicht an die Stelle der nach der gutgläubigen *consumptio nummorum* nicht mehr verfügbaren *rei vindicatio* treten läßt, scheint Julian gegenteiliger Auffassung zu sein, wenn er sagt: *Conditionem patri ex omni eventu competere*.

Mit den Scholien *ὁ πατήρ, εἰ δὲ* und *ἀπορῇ* zu Bas. 23.1.14³⁰ sowie der Glosse³¹ versuchte man durch Sachverhaltsunterstellung die Widersprüche zu beheben. Während man bei D. 14.6.9.1

29 Einen Überblick über den bisherigen Meinungsstand gibt Pessi, *Intorno a D. 12.1.14*, RIG 101 (1974) 257 ff.

30 Heimbach 2,609 = Scheltema BS IV, 1533.

31 *Glossa conditionem ad h.l.*

bösgläubige *consumptio* annahm, gelangte man so zur Fortwirkung des Herausgabeanspruches in Gestalt einer *condictio ex causa furtiva*³², wohingegen bei redlicher Konsumption wie in D. 12.1.14 die Rückforderung ausgeschlossen sei³³. Der Harmonisierung diente auch der Versuch von Bolze³⁴, der in D. 12.1.14 eine Bezahlung *ex peculio* unterstellte. Vassalli und De Villa³⁵ schließlich sahen in dem *cessare conductionem* eine justinianische Interpolation und verkehrten die Marcellentscheidung in ihr Gegenteil.

Indessen ist die in der Note ausgeführte Entscheidung Marcells unangreifbar³⁶: Marcellus behandelt lediglich den Fall, daß das vom Haussohn *contra S.C. Macedonianum* gezahlte Geld gutgläubig konsumiert³⁷ worden ist. Bei dieser Konstellation erlischt die bis dahin bestehende *rei vindicatio* des pater, die sich auf die unwirksame *alienatio nummorum* durch den vermögensunfähigen Haussohn gründete. Anders als im Falle der Bösgläubigkeit des creditor, wo eine *condictio ex causa furtiva* an die Stelle der *rei vindicatio* tritt, hat eine gutgläubige Konsumption den Ausschluß der Rückgewähr des *solventi causa* gezahlten Geldes zur Folge. Die zunächst unwirksame *datio* wird zwar durch die gutgläubige *consumptio* geheilt³⁸.

32 Vgl. etwa Windscheid-Kipp, Pandekten II⁸ (1900) 548 Fn.16; zur älteren Literatur siehe Pessi 260 ff. Zweifel an dieser Harmonisierung aber bereits bei Faber, *Rationalia in Pand. ad l. 14 De rebus creditis*.

33 Siehe auch D. 12.1.19.1 (Jul. 10 dig.).

34 AcP 79 (1892) 185.

35 Vassalli, *Studi giuridici*, III, 1 (1960) 463; De Villa, *Appunti sul senatoconsulta Macedoniana*, in St. Sassaressi 18 (1940) 7 ff.

36 Vgl. hierzu ausführlichst Pessi 257 ff.

37 Unter *nummos consumere* ist wohl in erster Linie die Vermischung mit anderem Geld zu verstehen, Wacke, die Zahlung mit fremdem Geld, Bull 79 (1976) 49 ff., insb. 124 ff. gegen Kaser, Das Geld im römischen Sachenrecht, TR 29 (1961) 198 ff., ders. IURA 13 (1962) 423 ff.

38 Vgl. D. 12.1.12 (Pomp. 6 Plaut.); D. 12.1.11.2 (Ulp. 26 ed.), beide allerdings für Zahlungen *credendi causa*; D. 12.1.19.1 (Jul. 10 dig.) sowohl für Zahlungen *credendi* als auch *solvendi causa*, zur letzten Stelle anschaulich Wacke 57 ff. Zum ganzen Problem siehe Betti, *Sul valore dogmatico della categoria contrahere in giuristi Sabiniani e Proculiani*, Bull. 28 (1915) 64 ff.; v. Mayr, Die *condictio* des römischen Privatrechts (1900), 174 ff.; Donatuti, *Le causae delle condictiones*, St. Parmensi 1 (1951) 73;

Eine *condictio indebiti* - die alleine in Frage käme³⁹ - scheitert aber schließlich daran, daß es hier um die Rückzahlung eines Darlehens geht⁴⁰. Genau dies besagt der nur auf den ersten Blick "delphisch"⁴¹ klingende Satz "quoniam totiens *condictio datur*, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset. Eine actio konnte hier überhaupt nicht entstehen, da ein im Hinblick auf die *exceptio SCi Macedoniani* zwar undurchsetzbarer, aber dennoch zivilrechtlich voll wirksamer Darlehensrückzahlungsanspruch des Dritten bestand⁴².

Demgegenüber entspricht das *condictionem patri ex omni eventu competere* Julians in D. 14.6.9.1 nicht dem klassischen Recht⁴³, was der noch erkennbare Zusammenhang der Julianentscheidung beweist.

Julian gliedert den Sachverhalt in D. 14.6.9.1 (Ulp. 29 ed.) wie folgt auf:

v. Lübtow, Beiträge zur Lehre von der *condictio* (1952) 35; Schwarz, Die Grundlage der *condictio* im klass. röm. Recht (1952) 240; Chevallier, La *reconciliatio mutui*, RHDfE⁴ 33 (1955) 376 ff. 385 ff.; Pessi 264 Fn. 19; Wacke 62.

39 Pessi 267 ff.

40 So richtig Fuchs, Romanistische Wissenschaft und *iusta causa* (1952) 226 ff., der den Satz *totiens-transisset* mit Beseler SZ 45 (1925) 464 für byzantinisch hält, jedoch trotzdem einen klassischen Gedanken darin zu erkennen glaubt.

41 Siber, *Naturalis obligatio* 56 Fn. 4.

42 Zur *naturalis obligatio* beim SC. *Macedonianum* vgl. auch D. 14.6.7 §§ 15 u. 16 (Ulp. 29 ed.); D. 12.6.40 pr. (Marci. 3 reg.); D. 14.6.9.4 (Ulp. 29 ed.); D. 12.6.26.9 (Ulp. 26 ed.); Literatur: Pernice, Ulpian als Schriftsteller, Labeo 8 (1962) 365; Siber 56 ff.; Meumann, La théorie de l'enrichissement illicite en droit Justinien, in St. Riccobono IV (1936) 454, Kaser, RP I² § 113 II (= S.481); vgl. aber auch Burdese, La nozione classica di *naturalis obligatio* (1955) 119 ff., der wie jetzt Pessi 269 ff. für die vorliegende Konstellation nicht auf die *naturalis obligatio* zurückgreifen will, sondern die Verweigerung der *condictio indebiti* mit dem Schutzzweck des SC. *Macedonianum* "ob poenam" bzw. "in odium creditoris" (D. 14.6.9.1 Ulp. 29 ed.; D. 12.6.40 pr. Marci. 3 reg.) erklärt.

43 Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo (1904) 62 ff.; Siber 57 ff.; Beseler SZ 45 (1925) 464; Fuchs 227; Pessi 276 ff.

1. Das Geld wurde dem Sohn unter der Bedingung geschenkt, daß er damit seinen Darlehensgläubiger befriedigt. Ob das Darlehen unter Verletzung des SC. Macedonianum zustandegekommen ist, wird nicht ausdrücklich gesagt, ist aber nach der Stellung des Fragments in den Julianischen Digesten wahrscheinlich⁴⁴. Da in diesem Fall das geschenkte Geld nach Julian so angesehen wurde, als sei es vom Schenker direkt an den Gläubiger des filius gezahlt worden, waren die Münzen in das Eigentum des Gläubigers übergegangen. Eine Vindikation des Vaters war daher zu verneinen, da das Geld so angesehen wurde, als sei es niemals im Vatervermögen gewesen.

2. Das Geld wurde dem filius unbedingt geschenkt, der damit seinen Gläubiger befriedigte. Julian stellte fest, daß eine alienatio nummorum hier nicht stattgefunden habe, weil das Geld zunächst in das Vermögen des pater familias gelangt sei. Die anschließende Zahlung an den Gläubiger geschah demnach mit für den Sohn fremdem Geld, an welchem der Darlehensgeber kein Eigentum erwerben konnte, solange er die Münzen noch unvermischt besaß. Daß dem Vater hier die "condictio" auf alle Fälle zustehe, kann nicht richtig sein⁴⁵. Vielmehr hat Julian allein die rei vindicatio dem Vater gewährt.

Nun wird Julian es nicht bei der Entscheidung des Ausnahmefalles belassen haben, in welchem die gezahlten nummi noch unvermischt vorhanden waren⁴⁶. Eben hierin findet die von einem Nachklassiker⁴⁷ überarbeitete Lösung ihren Ursprung. Sie beruht auf einem gründlichen Mißverständnis der ursprünglichen Julianentscheidung: vindicationem patri competere⁴⁸.

44 Nach Lenel Pal. Jul. 186 stammt unser Fragment aus dem 12. Buch, wo u. a. das SC. Macedonianum behandelt wurde.

45 Vgl. die Literaturnachweise oben Fn.29.

46 Zum Ausnahmecharakter dieser Konstellation siehe Fuchs 209 ff.; Wacke 128 ff.

47 Den Kompilatoren ist eine solche Änderung nicht zuzutrauen, da sie wohl daneben nicht die gegenteilig entscheidende Marcellusnote hätten unangetastet gelassen.

48 Pflüger 62 ff.; Siber 57; Beseler 464; Fuchs 227 ersetzt einfach condictioem durch vindicationem. Indessen kann Julian nicht ex omni eventu gesagt haben, wie sogleich gezeigt werden wird.

Damit entscheidet Julian positiv den Fall der *nummi exstantes*, aber nicht nur diesen. Vielmehr implizierte die Entscheidung auch negativ den Fall der gutgläubigen Konsumption: Mit der Aussage, daß dem Vater die Vindikation zustehe, wird zugleich festgestellt, daß er *n u r* dieses Recht hat. In dem *vindicationem patri competere* ist somit ein *condictionem non competere* enthalten, ebenso wie die Verneinung der *rei vindicatio* bei der Ausgangskonstellation (oben 1) gleichzeitig auch eine Kondiktion des Vaters ausschloß. Der Fall der bösgläubigen Kondiktion wird von Julian nicht behandelt; die in diesem Falle eintretende Haftung für *furtum* ist unumstritten⁴⁹.

Marcells Note erläutert lediglich die implizite Negation der *condictio*, indem sie die dahinter stehende Regel anführt: *quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset*. Er pflichtet damit Julians Löschung bei, die sich ganz in die herkömmliche Dogmatik einfügt.

Das so verstandene Verhältnis von Note und Juliankontext macht allein plausibel, warum Ulpian offensichtlich beiden Juristen zustimmen konnte.

II. Während in den unter I. behandelten Noten Marcell die der Julianentscheidung jeweils zugrunde liegende Regel herausstellt, begnügt er sich in anderen Noten damit, weitere Beispiele zur Bekräftigung der von Julian vorgeschlagenen Lösung anzuführen.

Hierher gehört

⁴⁹ D. 13.1.18 (Scaev. 4 quaest.); D. 12.6.55 (Pap. 6 quaest.); D. 47.2.43 pr. u. § 1 (Ulp. 41 Sab.); zum ganzen Kaser, TR 29 (1961) 203 ff.; Burdese, In tema di *consumptio nummorum*, in Riv. Dir. Comm. It. 1953, 13 ff.; Pessi 268; Wacke 124 ff.

1. D. 30.82 §§ 2 u. 3 (Jul. 33 dig.) = Pal. Jul.

Fundus mihi legatus est: proprietatem eius fundi redemi detracto usu fructu: postea venditor capite minutus est et usus fructus ad me pertinere coepit. si ex testamento egero, iudex tanti litem aestimare debebit, quantum mihi aberit. (3) Marcellus. Idem erit et si partem redemero, pars mihi legata est aut donata: partem enim dumtaxat petere debebo⁵⁰.

Ein Grundstück ist per damnationem vermacht worden. Der Bedachte hat danach dasselbe Grundstück gekauft. Der Verkäufer behielt sich den Nießbrauch vor. Später hat der Käufer infolge einer capitis deminutio des Verkäufers durch Konsolidation des usus fructus mit dem Eigentum auch den Nießbrauch erworben. Nach Julian kann der Legatar ex testamento einklagen, was er aufgewandt hat⁵¹.

Die Begründung für diese Entscheidung liefert die Rechtsfigur des concursus causarum⁵². Danach erlosch beim Zusammen-

50 Derselbe Fall ist uns in I. 2.20.9 ein weiteres Mal überliefert. Die dortige Stelle zeigt einige deutliche Abweichungen: Si cui fundus alienus legatus fuerit et emerit proprietatem detracto usu fructu et usus fructus ad eum pervenerit et postea ex testamento agat, recte eum agere et fundum petere Iulianus ait, quia usus fructus in petitione servitutis locum optinet: sed officio iudicis contineri ut deducto usu fructu iubeat aestimationem praestari. Die Interpolationen beruhen auf der unklassischen Zuordnung des usus fructus zu den Servituten durch die Byzantiner; Bund, Begriff u. Einteilung der Servituten im röm. Recht, SZ 73 (1956) 157 ff., 209 ff. Grosso, Uso-frutto e figure affini² 1958) 4 ff.; Wesener, Julians Lehre vom usus fructus, SZ 81 (1964) 94 ff.; Kaser RP II² § 247 II (= S. 303 ff.).

51 Vgl. D. 45.1.58 (Jul. 54 dig.). Anders nach der byzantinischen Lehre vom usus fructus als Servitut, I. 2.20.9. Danach ging die Klage ex testamento auf den ganzen fundus. Die litis aestimatio bezieht sich nach dieser Meinung auf den Wert des gesamten Grundstücks, wobei freilich das Fehlen des Nießbrauchs als Abzugsposten veranschlagt wurde.

52 Dazu Pernice, Labeo II, 1 (1895) 267 ff.; Di Marzo, Appunti sulla dottrina della causa lucrativa, Bull. 15 (1903) 91 ff.; 17 (1905) 103 ff.; Beseler, Beiträge IV (1920) 3266 ff.; Bove, NNDI 3 (1959) 1065 (concurus causarum); Voci, DER II (1963) 257 ff.; Kaser RP I² § 150 IV (= S. 643 ff.).

treffen mehrerer Erwerbsgründe nach älterem Recht die Schuld immer, seit Julian blieb sie jedoch dann bestehen, wenn die eine causa entgeltlich, die andere unentgeltlich ist⁵³. Das legatum fundi ist eine unentgeltliche Zuwendung. Die nuda proprietas fundi wurde ex causa onerosa, der Nießbrauch ex causa lucrativa erworben⁵⁴. Nur, soweit für den Grunderwerb ein Kaufpreis gezahlt worden war, blieb die Forderung aus dem Legat bestehen⁵⁵.

Marcellus bekräftigt diese Entscheidung durch die Bildung eines Parallelfalles: Ein Grundstück ist vermacht worden⁵⁶. Der Legatar kaufte - in Unkenntnis dieses Legats - eine pars desselben Grundstücks, die andere pars wurde ihm vermacht oder geschenkt. Auch bei dieser Fallkonstellation kann ex testamento nur die pars redempta gefordert werden⁵⁷.

Die Note verdeutlicht die der Entscheidung Julians zugrunde liegende Konzeption vom ususfructus als pars fundi⁵⁸ und wen-

53 D. 30.84.5 (Jul. 33 dig.); D. 19.1.29 (Jul. 4 Minic.); D. 19.1.13.15 (Ulp. 32 ed.); PS 2.17.8.

54 C. Longo, La categoria delle 'servitutes' nel diritto rom. class., Bull. 11 (1889) 304 ff.; Di Marzo, Bull 15 (1903) 104 ff.; Schulz op. cit. 160; Kaser, Quanti ea res est² (1968) 106 ff.; Michel, La gratuité lucrative (1962) 413; Levy, Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen (1962) 65, 66 u. Fn. 270.

55 Vgl. Levy 65; siehe auch schon Schulz 160; a.A. Beseler a.a.O. 327 ff.; gegen ihn Kaser op. cit. 108.

56 Diese Prämisse ergibt sich aus der Anknüpfung des idem an den von Julian behandelten Fall.

57 Schulz 162 vermutet eine Überarbeitung des Satzes, der ihm zu ungenau erscheint. Da von zwei partes die Rede war, müßte es am Ende partem redemptam heißen haben. In dessen bestand auch für die Kompilatoren kein Anlaß für eine solche Überarbeitung, da auch nach ihrer Auffassung hier nur noch die eine pars ex testamento verlangt werden konnte. Durch die Anknüpfung an Julian ist andererseits die Entscheidung Marcells unmißverständlich.

58 Zur begriffll. Erfassung des Nießbrauchs als pars fundi in klass. Zeit vgl. D. 45.1.58 (Jul. 54 dig.); D. 21.2.49 (Gai. 7 ed. prov.); D. 46.1.70.2 (Gai. 1 verb. obl.); D. 34.4.2 II 1 u. 2 (Pomp. 5 Sab.); D. 31.66.6 (Pap. 17 quaest.); D. 7.1.4 (Paul 2 ed.); D. 50.16.25 pr. (Paul 21 ed.); FV 80 (Ulp. 17 Sab.); die Stellen sind z. T. im Sinne der byzantinischen Lehre überarbeitet, vgl. Longo 304 ff.; Schulz 161; Maylan, Fructus sine usu et actus sine itinere, St. Albertoni I (1935) 97 ff., 122.; Vaucher,

det sie auf einen abgewandelten Sachverhalt an. Damit tritt Marcell zugleich der unter dem Einfluß Julians⁵⁹ geschaffenen neuen Regel vom concursus causarum bei: Erwirbt der Gläubiger dem ex causa lucrativa eine Sache geschuldet wird, eben dieselbe ex causa onerosa, so bleibt sein Forderungsrecht bestehen. Erwirbt er sie ex causa lucrativa, erlischt es.

2. Ein weiteres Beispiel ist:

D. 4.6.41 (Jul. 35 dig.) = Pal. Jul. 495

Si quis Titio legaverit, si mortis suae tempore in Italia esset, aut in annos singulos, quod in Italia esset et ei succursum fuerit, quia ob id, quod rei publicae causa afuit, exclusus fuerit a legato: fideicommissum ab eo relictum praestare cogitur. Marcellus notat: quis enim dubitabit salva legatorum et fideicommissorum causa militi restitui hereditatem, quam ob id perdidit, quod rei publicae causa afuit.

Titius ist für den Fall, daß er sich zum Todeszeitpunkt des Erblassers in Italien aufhält, oder für die Jahre, welche er in Italien verbringt, ein Legat ausgesetzt worden. Julian führt aus: Wenn ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt worden ist, weil er das Legat infolge staatsbedingter Abwesenheit nicht erwerben konnte, muß er auch das Fideikommiß, mit welchem das Legat beschwert war, herausgeben.

Julian geht davon aus, daß Titius in den vorigen Stand gesetzt wird, also so angesehen wird, als habe er Italien nicht

Usufruit et pars dominii (1940) 41 ff., 46 ff.; Bund 199 ff.; Marrone, La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano (1961) 12 ff. m.w.L. Fn. 18; Grosso 65 ff.; Bretone, La nozione romana di usufrutto (1962) 149 ff.; Wesener 88 ff.; Überblick auch bei Grosso, Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica di Roma alla giurisprudenza classica: lo sviluppo e la elaborazione dei diritti limitati sulle cose, in ANRW I,2 (1972) 134 ff. insb. 155 ff.

59 Dazu Schulz 114 ff.; Levy, 65; Voci, DER II 257; Kaser RP I² § 150 IV (= S. 644).

verlassen. Dann ist es konsequent, daß auch das Fideikommiß, mit welchem der Legatar beschwert war, herausgegeben werden muß; denn die Abwesenheit rei publicae causa soll den Staatsdiener lediglich vor abwesenheitsbedingten Nachteilen schützen, ihn aber nicht besser stellen, als er ohne die Staatsabwesenheit stünde.

Die Marcellusnote befaßt sich nicht mit den sich aus der in integrum restitutio ergebenden Konsequenzen, sondern mit der integrum restitutio selbst: Wer nämlich wird bezweifeln, daß - unbeschadet der Gültigkeit der Vermächtnisse und Fideikomnisse - einem Soldaten die infolge staatsbedingter Abwesenheit verlorene Erbschaft restituiert werden wird? Marcellus stellt hier dem Juliansachverhalt einen Fall gegenüber, in welchem die i. i. restitutio allgemein angenommen wurde.

Nicht wird allerdings gesagt, in welcher Weise der Soldat der Erbschaft verlustig ging. Denkbar wäre, daß er die im Testament selbst bestimmte Antrittsfrist nicht hat einhalten können⁶⁰, oder, daß die Erbschaftsgegenstände mittlerweile von einem anderen ersessen worden sind. Nur im letzten Falle war das Edikt über die Gewährung der i. i. restitutio unmittelbar anwendbar:

D. 4.6.1.1 (ulp. 12 ed.)

Verba autem edicti talia sunt: Si cuius quid de bonis, cum ist metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesset, inve vinculis servitutis hostiumque potestate esset: <postgave usucaptum vel non utendo amissum esse>⁶¹, sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur:

60 Zur Üblichkeit einer solchen Fristsetzung vgl. Kaser RP I² § 175 II,1 (= S. 717).

61 Ergänzung nach Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II (1901) 1087. Diese Konjekture ist dem Mommsenschen 'non utendo de-minutum esse' aus Symmetriegründen vorzuziehen. Bas. 10.35.1 schreiben: τῇ ἀχρησίᾳ τοῦ διὰ φόβον ἀπολιμπανομένου, siehe auch Huschke, Das Recht der publicianischen Klage (1874) 104 ff.

item si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amisit, consecutus, actione qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, in vineculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret neque defenderetur, eumve magistratus de ea re appellatur esset: sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exempta esse dicitur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restitutionem, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit.

Der Schutz des von Staats wegen Abwesender war nach dem obigen Edikt kein umfassender. Beseler⁶² hat dies durchaus richtig gesehen, wenn er feststellt: "Der Staat heilt durch i. i. restitutio propter absentiam rei publicae causa nur diejenige Wunde, die er durch Verordnung einer Zeitablaufwirkung selber geschlagen hat.". Trat ein Rechtsverlüt hingegen aufgrund einer in einem Testament vom Erblasser aufgestellten - vom potentiell Begünstigten aber wegen Staatsabwesenheit nicht erfüllten - Bedingung ein (D. 4.6.41 und D. 4.6.17.1 Ulp. 12 ed.), war das Edikt nicht anwendbar⁶³. Dennoch scheint sich seit Julian die schon von Labeo⁶⁴ vertretene Meinung durchgesetzt zu haben, daß der von Staats wegen Ab-

62 SZ 53 (1933) 59.

63 Die Generalklausel am Ende: item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, gab nur die Möglichkeit, auch bei anderen Restitutionsgründen als den genannten, Wiedereinsetzung zu gewähren, wovon der Prätor aber kaum Gebrauch gemacht hat, vgl. Palazzolo, *Potere imperiale e organi giurisdizionale nel II secolo d. C.* (1974) 188 ff.; zu D. 4.6.1.1 auch Cervenca, *Osservazioni sul rapporto fra il praetor e la cancelleria*, St. Betti II (1961) 216 ff.; zum Edikt Lenel EP³ 120 ff.

64 D. 4.6.17.1 (Ulp. 12 ed.): Eum quoque cui sic legatum sit: vel in annos singulos, quibus in Italia esset, restituendum, ut capiat, atque si in Italia fuisset et Labeo scribit et Julianus libro quarto et Pomponius libro trigensimo primo probant: non enim dies actionis exit, ubi praetoris auxilium necessarium erat, sed condicio in causa est.

wesende eines generellen Schutzes bedürfe⁶⁵. African bringt dies für den Fall einer Stipulation auf folgenden Nenner:

D. 4.6.43 (Afr. 7 quaest.)

Si quis stipulatus sit in annos singulos, quoad in Italia esset vel ipse vel promissor, et alteruter rei publicae causa abesse coeperit, officium praetoris est introducere utilem actionem⁶⁶, videlicet ne cui officium publicum vel damno vel compendio sit⁶⁷.

Wegen D. 4.6.41 dürfen wir annehmen, daß die Ausdehnung der i. i. restitutio zunächst bei den Soldaten ihren Ausgang genommen hat, wie ja überhaupt die Soldaten desöfteren als erste in den Genuß einer Vergünstigung gekommen sind. Nachdem diese Erweiterung allgemein Zustimmung gefunden hatte, ist man dabei offensichtlich nicht stehen geblieben, sondern hat eine umfassende i. i. restitutio über die in D. 4.6.1.1 geregelten Fälle hinaus auch allen anderen von Staats wegen Abwesenden gewährt, da kein wirklicher Grund für eine Ungleichbehandlung der Staatsdiener ersichtlich war. Hierauf spielt Marcellus an: Ebenso wie man den abwesenden Soldaten gegen Rechtsnachteile schützt, bedarf auch jeder andere im Interesse des Gemeinwohls abwesende Staatsfunktionär der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

⁶⁵ Vgl. Sargenti, Studi sulla restitutio in integrum, Bull. 69 (1966) 253.

⁶⁶ Die Gewährung einer utilis actio ist nichts anderes als die implizite Gewährung der i. i. restitutio, Amelotti, Rendita perpetua e rendita vitalizia, in SD 19 (1953) 225; Kupisch, In integrum restitutio und vindicatio utilis (1974 3 ff.; Valino, Actiones utiles (1974) 42.

⁶⁷ Das folgende steht in l. 29 h. t., gehörte aber ursprünglich zu l. 43, Lenel SZ 51 (1931) 32. Beseler a.a.O. hält D. 4.6.41; D. 4.6.1.1 und D. 4.6.43, welche die Wiedereinsetzung gewähren, zu Unrecht für interpoliert, wenngleich zuzugeben ist, daß der non enim Schlußsatz in l. 43 das typische Gepräge eines Glossems hat. Er berührt indessen nicht die vorangehende Entscheidung, will er doch lediglich deren Gründe sichtbar machen.

Marcell unterstreicht damit die von Julian anerkannte und von seinem Schüler Afrikan⁶⁸ formulierte Regel, daß der Staat dafür sorgen müsse, daß dem in einem öffentlichen Amt Tätigen hieraus weder Schaden noch Vorteil entstehen dürfe.

3. Auch in D. 46.8.22 §§ 4 u. 5 (Jul. 56 dig.) unterstreicht Marcellus die mit der Julianentscheidung implizierte Entscheidungregel durch ihre konsequente Anwendung auf einen abgewandelten Fall.

D. 46.8.22 § 4 u. § 5 (Jul. 56 dig.) = Pal.Jul. 734

Cum autem procurator recte petit, dominus perperam, non debet procurator praestare, ne iniuria iudicis dominus aliquid consequatur: numquam enim propter iniuriarum iudicis fideiussores obligantur. verius tamen est hoc casu fideiussores non nisi in impensas litis teneri.
(5) Marcellus: si dominus ratam rem non habuerit, sed lite mota rem amiserit, nihil praeter impendia in stipulationem ratam rem deducitur.

Ein Prokurator klagt eine Forderung seines dominus ein und obsiegt. Danach wird der Schuldner ein zweites Mal vom dominus selbst belangt und propter iniuriam iudicis verurteilt. Die Frage ist, ob der Schuldner die vom Prokurator gestellten Stipulationsbürgen in Anspruch nehmen kann. Nach Julian haftet der Prokurator nicht, wenn der dominus infolge eines falschen Urteils obsiegt. Lediglich für die Prozeßkosten hat er und haben damit auch die von ihm gestellten Bürgen aufzukommen.

Der Prokurator ad litem⁶⁹ kann den Kläger im Prozeß grundsätzlich nur dann vertreten, wenn er dem Beklagten Sicherheit in Stipulationsform mit Bürgenstellung dafür leistet, daß der Vertretene die Prozeßführung genehmigen werde⁷⁰. Der Grund für die Notwendigkeit der Kautionsleistung besteht da-

68 Oben D. 4.6.43.

69 Zu ihm zuletzt Angelini, II Procurator (1971) 175 ff.

70 Sog. cautio ratam rem habiturum, D. 3.3.33.3 (Ulp. 9 ed.).

rin, daß die Klage des Prokurators das Klagerecht des Vertretenen nicht verbrauchte⁷¹. Erst mit der Genehmigung der Prozeßführung ist der Vertretene ohne weiteres an die Prozeßführung gebunden⁷².

Liegt der Prokurator ein *mandatum* zugrunde, dann spricht man von einem *verus procurator*, und die von ihm oder gegen ihn vorgenommenen Rechtshandlungen werden als *recte* bezeichnet⁷³.

In dem von Julian gebildeten Fall war der Prokurator aufgrund eines *mandatum* zur Klagerhebung ermächtigt. Das später von *dominus* erstrittene Urteil ist nicht etwa deshalb falsch⁷⁴, weil durch die Klage des Prokurators die des *dominus* verbraucht wäre⁷⁵. Das erteilte Mandat hat anders als die *ratihabitio* keine Klagen konsumierende Wirkung. Ob jedoch im Julianfall eine Genehmigung der Prozeßführung erfolgt ist, hierüber gibt uns der Juliantext keinen Aufschluß. Das auf die Klage des *dominus* hin ergangene Urteil kann daher deshalb "falsch" sein, weil - im Falle der Genehmigung der Prozeßführung im ersten Prozeß - der Richter im zweiten die Klagenkonsumtion nicht beachtet hat (1). Die Unrichtigkeit des zweiten Urteils könnte aber auch auf anderen Gründen beruhen, wenn die Prozeßführung des Prokurators vom *dominus* nicht genehmigt worden war (2).

71 Gai. 4.98; PS 1.3.5 u. 7 = Cons. 3.7; D. 3.3.66 (Pap. 9 quaest.); zum ganzen Mecke, Die Entwicklung des *procurator ad litem*, SD 38 (1962) 147 ff.; Gehrich, Kognitur und Prokurator in rem suam als Zessionsformen des klass. röm. Rechts (1963) 75 ff.; Kaser, RZ (1966) § 29 III,3 = 158 u. Fn. 53 m.w.N.; Claus, Gewillkürte Stellvertretung im röm. Privatrecht (1973) 58.

72 Quellen und Literatur wie oben Fn. 71.

73 D. 46.3.12 pr. (Ulp. 30 Sab.); Behrends, Die Prokurator des klass. röm. Zivilrechts, SZ 88 (1971) 262 ff.

74 *Iniuria iudicis* bedeutet hier nicht bewußtes Unrecht iSv. Rechtsbeugung; richtig Pugliese, Note sull' ingiustizia della sentenza nel diritto romano, in St. Betti III (1962) 725 ff.; 735 ff.; Kaser RZ § 55 III,2 = 293 u. Fn. 35; a.A. Wolff, The constitutive effect of *in iure cessio*, in Tul. Law Rev. 33 (1959) 537.

75 Siehe die Nachweise oben Fn. 71 und Behrends 266.

Nach Julian haften der Prokurator und also auch die von ihm gestellten Stipulationsbürgen⁷⁶ nicht. Einerseits entfaltet das Fehlurteil insoweit keine Bindungswirkung⁷⁷, andererseits umfaßt der Schutzbereich der cautio ratam rem habiturum nicht eine Haftung für ein falsches Urteil. Wohl aber haben die Bürgen für die dem Schuldner aus dem zweiten Prozeß entstandenen Prozeßkosten einzustehen; denn diese werden vom Schutzzweck der cautio zweifellos erfaßt⁷⁸.

Marcellus untersucht die Frage, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn der dominus die Klage des Prokurators nicht genehmigt hätte. In diesem Falle wäre die Klage des Vertretenen abzuweisen gewesen. In die Stipulationsbürgschaft hätten dann nur die Prozeßkosten Eingang gefunden⁷⁹.

Die Marcellusnote gibt Aufschluß über den von Julian entschiedenen Sachverhalt. Das "si dominus ratam rem non habuerit" deutet darauf hin, daß im Julianfall der dominus die Prozeßführung des Prokurator genehmigt hat und er in seinem zweiten Prozeß nur darum erfolgreich war, weil der index die Konsumption nicht beachtet hat (oben Variante 1). Marcellus Note setzt sich von Julians Ausgangsfall dadurch ab, daß in seinem Beispiel der dominus die Prozeßführung des Prokurator **n i c h t** genehmigt und dann seinen Prozeß verloren hat.

76 Die Ersetzung der sponsores durch fideiussores geht auf Justinian zurück, Kaser RP II² § 278 I,1 (= 458).

77 Liebs, Klagenkonkurrenz (1972) 222 ff. u. Fn. 153.

78 Die pauschale Verdächtigung der Haftung der Bürgen für die Kosten, wie sie sich bei Schwarz, Die Grundlagen der *condictio* im klass. Recht (1952) 57 u. Fn. 56, Rechnitz, Studien zu *Salvius Julianus* (1925) 77 und Kaser, *Quantum ea res est* (1935) 210 Fn. 21 findet, ist unberechtigt; siehe Medicus, *Id quod interest* (1962) 267, 268; ohne Vorbehalt nunmehr auch Kaser, RZ § 54 VI = 228 u. Fn. 40.

79 Im Urteil selbst wurde über die Prozeßkosten jedenfalls im klassischen Formularprozeß nicht entschieden, Chioven-da, *La condanna nelle spese*² (1935) 17 ff. Die Quellen erwähnen nur die Möglichkeit, Erstattung von Dritten zu verlangen, Nachweise bei Kaser a.a.O.

Deutlich stellt sich Marcellus damit hinter Julian, indem er den Grundsatz hervorhebt, daß die cautio ratam rem habiturum nicht bei einem fehlerhaften obsiegenden Urteil in einem nachfolgenden Prozeß des Vertretenen gegen den Schuldner verfällt. Der Prokurator hat nicht für richterliches Unrecht einzustehen. Der Schuldner kann, abgesehen von den ihm stets zu erstattenden Prozeßkosten, nur das verlangen, was er an den Vertretenen zu leisten hätte, wenn im zweiten Prozeß richtig entschieden worden wäre. Die vom Prokurator zu stellende cautio soll den Schuldner lediglich für den Fall sichern, daß der dominus die Prozeßführung des Prokurators nicht genehmigt und der erstere in einem zweiten Prozeß ein richtiges Urteil gegen den Schuldner erstreitet.

4. Hierher gehört auch

D. 36.1.28.11 (Jul. 40 dig.) = Pal. Jul. 569

Si ex Trebelliano hereditatem restituit heres et fructus praediorum retinet vel ipsa praedia, sive etiam debitor eius qui testamentum fecit fuerit, necessarium est actionem adversus eum fideicommissario dari. Marcellus: hoc idem necessario faciendum est, cum parte hereditatis restituta familiae erciscundae iudicium inter eum qui restituit hereditatem et qui receperit accipietur.

In seiner gegenwärtigen Gestalt hat das Fragment folgenden Inhalt: Ein mit einem Universalfideikommiß beschwerter Erbe hat die herauszugebende Erbschaft nicht gänzlich restituiert⁸⁰, sondern Grundstücksfrüchte oder Grundstücke zurückbehalten, bzw. Schulden, welche er beim Erblasser hatte, nicht in Anrechnung gebracht. Nach Julian war dem Fideikommissar eine actio gegen den Erben zu geben. Marcell fügt in der Note ergänzend hinzu: Das gleiche habe zu gelten, wenn ein Teilfideikommiß vorliege und ein iudicium familiae erciscundae zwischen dem Erben und dem Fideikommissar anhängig sei.

⁸⁰ Was ursprünglich durch die Herausgabe der körperlichen Gegenstände und die Veräußerung der Erbschaft durch mancipatio nummo uno zu geschehen hatte, Gai. 2,252; Gai fr. Aug. 67 (FIRA II, 205 ff.), nach Geltung des SC Trebellianum aber auch formlos möglich war, D. 36.1.38 pr. (Ulp. 16 ed), Kaser RP I² § 190 III (= S. 762 u. Fn. 10).

Das unvermittelte Nebeneinander von Früchten, Hauptsache (fundus) und Schulden überrascht. Mit Daube⁸¹ darf man vermuten, daß Julian ursprünglich nur von Früchten und Schulden sprach, das vel praedia also ein späterer Zusatz ist. Dies legen einmal die Stellung dieser Worte erst nach den Früchten und dem Verb als auch der ursprüngliche Sinn der Gegenüberstellung von Früchten und Schulden nahe. Gerade in der Erwähnung der Schulden liegt der Schlüssel zum Verständnis der vorliegenden Quelle⁸². Von der gewöhnlichen hereditatis petitio bezeugen uns die Quellen, daß sie auch gegen denjenigen zur Verfügung stand, der nur die Früchte vorenthielt oder als Erbschaftsbesitzer dem Erblasser etwas schuldig war⁸³.

Julian gab hier sowohl bei Vorenthaltung der Früchte als auch im Falle, in welchem der Erbe Schuldner des Testators und somit mit dem Antritt der Erbschaft Konsolidation eingetreten war, dem Fideikommissar die hereditatis petitio fideicommissaria. Während aber der Fideikommissar im Falle der Zurückhaltung der Früchte vermutlich zwischen einer prätorischen actio in rem und der hereditatis petitio fideicommissaria wählen konnte, ist er bei der Konfusion der Forderung auf die hereditatis petitio fideicommissaria beschränkt gewesen. Hier von zeugt noch das klassische necessarium im Juliantext.

Dagegen bestand nicht die Möglichkeit, mit einer vom Prätor in Anlehnung an das SC. Trebellianum gewährten fiktizischen Klage die Schuld einzuklagen, wie uns D. 36.1.28.11 glauben machen will. Die bisweilen in den Quellen auftauchende fiktizische Klage ist nicht klassischen Rechts, wie Daube⁸⁴ in seiner eingehenden Untersuchung nachgewiesen hat. Nach klassi-

81 Sale of Inheritance and Merger of Rights, SZ 74 (1957) 234 ff., insb. 305 ff.

82 Daube op. cit. 307.

83 D. 5.3.13.7 (ulp. 15 ed.) die Vorenthaltung von Früchten betreffend; D. 5.3.13.15, l. 16.3 h.t beide Ulp. 15 ed.; D. 44.2.7.5 (ulp. 75 ed.) hinsichtlich der Schulden gegenüber dem Erblasser.

84 Daube 291 ff.; a.A. Solazzi, Estinzione² (1925) 295 Fn. 1; Biondi, Successione² (1955) 488.

schem Recht lebte ein durch Konfusion erloschenes Recht grundsätzlich nicht wieder auf, auch nicht mittels einer vom Prätor gewährten actio utilis. Das SC. Trebellianum, welches bei der fideikommissarischen Sukzession den Nachfolger "heredis loco" stellte und die dem Erben und gegen ihn zustehenden Klagen nun dem Nachfolger und unmittelbar gegen ihn erteilte (hereditatis petitio bzw. actio familiae erciscundae) war beschränkt auf existierende Rechte. Jedoch hat der Prätor auf andere Weise Abhilfe geschaffen, indem der Erbe nämlich angehalten wurde, im Falle seiner Inanspruchnahme mit der hereditatis petitio auch dasjenige herauszugeben, was durch Konfusion ihm zugute gekommen ist, umgekehrt dasjenige abzuziehen, was der Erblasser ihm schuldete. Schlagendster Beweis⁸⁵ hierfür ist

D. 36.1.60 pr. (Pap. 9 resp.)

Deducta parte quarta restituere rogatus hereditatem, prius quam restitueret, hereditario debitori heres extit. quoniam actio eo confusa per Trebellianum reintegrari non potest, pecuniae quoque debitae dodrans ex causa fideicommissa petetur.

Nach Papinian kann in dem Falle, daß der Erbe, der Dreiviertel der Erbschaft restituieren soll, vor der Herausgabe Erbe eines Erbschaftsschuldners wird, die dadurch eintretende confusio auch in Anwendung des SC. Trebellianum nicht mehr beseitigt werden. Dennoch dürfe der Fideikommissar Dreiviertel der erloschenen Schuld ex causa fideicommissi, also mit der hereditatis petitio fideicommissaria fordern. Somit tritt klar zu Tage, daß eine Wiederherstellung der Schuld durch eine actio ficticia im klassischen Recht zumindest dann nicht stattfand,

⁸⁵ Siehe aber auch die anderen - teilweise überarbeiteten - Quellen D. 36.1.61 pr. (Paul 4 quaest.); D. 36.1.82 (Scaev. 5 dig.); D. 36.1.75.1 (Maec. 13 fideic.); zu diesen Daube 291 ff.

wenn der Erbe schon vor⁸⁶ der Restitution Schuldner/Gläubiger des Erblassers war.

Für D. 36.1.28.11 bedeutet diese Erkenntnis:

Während Julian bei Vorenthaltung der Früchte dem Fideikommissar neben einer prätorischen actio in rem die hereditatis petitio fideicommissaria zur Verfügung gestellt hat, hat er ein derart alternatives Vorgehen bei Konfusion der Schuld vor der Restitution der Erbschaft abgelehnt und den Fideikommissar auf die hereditatis petitio verwiesen. Ein nachklassischer Bearbeiter ersetzte - da in seiner Zeit konfundierte Rechte nach dem SC. Trebellianum wieder hergestellt wurden - die hereditatis petitio durch eine actio auf die Schuld und verschmolz die beiden Fälle der Früchte und Schulden miteinander⁸⁷. Ein späterer Glossator hat dann das vel ipsa praedia hinzugefügt, ein typischer "afterthought" wie Daube⁸⁸ zutreffend bemerkt.

Im Lichte dieser Erkenntnisse bekommt auch die Marcellusnote ihren Sinn. Marcellus übertrug die ein Universal-fideikommiß betreffende Entscheidung Julians auf den Fall eine Teil-fideikommisses. So wie beim Universal-fideikommiß die hereditatis petitio fideicommissaria der einzig mögliche Rechtsbehelf für den Fideikommissar darstellte, stand beim Teil-fideikommiß nur

⁸⁶ So auch Solazzi 295 Fn. 1 für D. 36.1.60 pr., der aber die Bedeutung dieses Fragments für die klassische Lösung nicht erkennt. Nicht auszuschließen ist arg. e contr., daß die Klassiker in dem Fall, daß der Erbe erst nach der Restitution Schuldner/Gläubiger des Erblassers wird, eine fiktizische Klage auf die Schuld gewährt haben (Daube 293, 311; Kaser RP I² § 150 = S. 643 u. Fn. 23 § 190 = S. 762 u. Fn. 14). Hier erwies sich das System der hereditatis petitio als unzureichend. Die Schuld erlischt auch nach der Restitution, da der heres ziviler Erbe bleibt. Jedoch hilft hier nicht die hereditatis petitio, weil der Erbe zum Zeitpunkt der Herausgabe der Erbschaft nichts zurückbehält. Seine Pflicht zum Zeitpunkt der Restitution kann aber kaum durch spätere Ereignisse ausgeweitet werden.

⁸⁷ Vgl. das unpassende sive etiam.

⁸⁸ Daube 308, wie er auch schon Bartošek, Senatusconsultum Trebellianum (1945) 173; ders., II senato consulto Trebelliano, in Scritti Ferrini III (1948) 331.

das iudicium familiae erciscundae utile⁸⁹ zur Verfügung, um die durch Konfusion erloschene Schuld in Anrechnung zu bringen. Auch hier stellt Marcell sich bedingungslos hinter den von Julian formulierten Leitsatz, daß der Fideikommissar den durch Konfusion bewirkten Untergang einer Forderung mit der hereditatis petitio fideicommissaria überspielen konnte. Die Marcellische Lösung in Bezug auf das Teilfideikommiß war durch den Julianschen Ansatz schon vorgegeben. Es bedurfte lediglich der Ersetzung der gegen einen als Teilerben geltenden Fideikommittenten nicht verfügbaren hereditatis petitio fideicommissaria durch den hierfür bereitstehenden Rechtsbehelf des iudicium familiae erciscundae.

Konnte bei Julian der Universalfideikommissar vom Erben die durch Konfusion erloschene Schuld nur mit der hereditatis petitio einfordern, so verwies Marcell den Teilfideikommissar auf die actio familiae erciscundae.

5. Weitere Beispiele zur Erläuterung des Grundtextes und Bekräftigung der Julianlösung führt Marcell in D. 15.1.16 (Jul. 12 dis.) und D. 15.1.7.1 (Ulp. 29 ed.) an.

D. 15.1.16 (Jul. 12 dig.) = Pal. Juli 197

Quis ergo casus est, quo peculium servi communis ad alterum ex dominis solum pertineat? in primis si quis servi partem dimidiam vendiderit nec peculium ei concesserit: deinde si quis servo communi pecuniam vel res aliquas ea mente dederit, ut proprietatem earum retineret, administrationem autem servo concederet. Marcellus notat: est etiam ille casus, si alter ademerit: vel si omni quidem modo concesserit dominus, sed in nominibus erit concessio.

Julian listet diejenigen Fälle auf, in denen das peculium eines gemeinsamen Sklaven nur einem der Miteigentümer rechtlich zugeordnet ist. Dies sei der Fall, wenn ein Miteigentümer sei-

89 Gaudemet, L' indivision (1934) 133 u. Fn. 2; Valino, op. cit. 108 ff.

nen Anteil ohne peculium verkauft; ebenso, wenn er Geld oder andere Dinge dem Sklaven nur zur freien Verwaltung überlassen, das ausschließliche Eigentum aber zurückbehalten hat. Marcellus nennt in seiner Anmerkung zwei weitere Beispiele: Das peculium gehöre auch dann nur einem Miteigentümer, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil am peculium eingezogen habe, oder wenn die Einräumung des peculium derart geschehen sei, daß ein Eigentümer das peculium nicht mit Bargeld bestellte, sondern durch Abtretung von Forderungen gegen Dritte.

Die Frage, ob das Sondervermögen eines servus communis im alleinigen Eigentum eines dominus stand, hatte Bedeutung für die Haftung der socii. Der Gläubiger eines gemeinsamen Sklaven konnte nämlich einen Miteigentümer mit der actio de peculio in Anspruch nehmen, wenn dieser im Regreßwege bei seinem socius sich anteilmäßig erholen konnte. Die bis auf Julian zurückgehenden Quellen beschränkten diese Haftung des condominus aber auf die Fälle, in denen dem servus communis ein gemeinsames Sondervermögen eingeräumt war⁹⁰.

Julian listet in D. 15.1.16 diejenigen Fälle auf, in welchen das Sondervermögen eines gemeinsamen Sklaven im Alleineigentum eines Eigentümers stand. An erster Stelle führt er an: si quis servi partem dimidiam vendiderit nec peculium ei concesserit. Ein Eigentümer verkauft den hälftigen Miteigentumsanteil an einem Sklaven ohne auch das Peculium mitzuverkaufen. Wenn das Peculium nicht ausdrücklich genannt wird, ist es auch nicht mitverkauft. Die auf uns gekommene Fassung ist

⁹⁰ D. 15.1.27.8 (Gai. 9 ed. prov.); D. 15.1.11.9 (Ulp. 29 ed.); D. 15.1.15 (Ulp. 29 ed.); D. 15.1.12 (Jul. 12 dig.); D. 10.3.8.4 (Paul 23 ed.); l. 9 h. t. (Afr. 7 quaest.); eod. l. 15 (Paul 5 Plaut.). Daß das peculium penes unum dominum ist, spricht nicht gegen ein gemeinsames peculium, sondern ist nur für den Regreß von Bedeutung, vgl. Levy, Konkursen 1 (1918) 248 Fn. 1; Berger Teilungsklagen (1912) 173 ff. Die Notwendigkeit eines peculium commune ist ganz h. M.: Mandry, ZfRG 8 (1869) 386 ff.; Buckland, Slavery 379; Solazzi, Scritti 1 (1955) 126 Fn. 52, 163 ff., 167 Fn. 16; Levy a. a. O. 241 ff.; Segrè, Scritti IV (1939) 153, 171; Micolier, Pécule et capacité patrimoniale (1932) 377; Gaudemet, Indivision 293 Fn. 3; a. A. Ein, Le azioni dei condomini, Bull. 39 (1931) 73 ff.; offengelassen hat die Frage Bretone, Servus communis (1958) 172.

unklar, und das Werk eines Glossators. Julian handelte vom Verkauf "*dimidiae partis servi sine peculio*"⁹¹.

Die zweite Alternative ist interessanter. Die dem Sklaven Überlassenen Dinge sind deshalb nicht *commun*, weil der konzedierende Miteigentümer die Absicht hatte, das ausschließliche Eigentum zurückzubehalten. Freilich muß der Eigentümer - um der Gefahr der Inanspruchnahme durch Dritte über seinen Anteil hinaus oder im Wege des Regresses zu begegnen - diese Absicht kund getan haben; denn der Regelfall einer *pekulium*-bestellung war der, daß die dem Sklaven Überlassenen Gegenstände *commun* wurden⁹². Marcell unterstreicht die wohl erstmals von Julian⁹³ angeregte Solidarhaftung, indem er weitere Fälle anführt, in denen das *pekulium* eines *servus communis* im Alleineigentum eines Eigentümers steht. Ein Miteigentümer zieht seinen Anteil am *peculium* des gemeinsamen Sklaven ein, der andere beläßt ihm den seinen. Der Fall ist nicht weniger trivial als das erste von Julian angeführte Beispiel des Verkaufs der Quote *sine peculio*.

Dem ausdrücklichen Vorbehalt des Eigentums in Julians zweitem Beispiel stellt Marcell einen Sachverhalt gegenüber, in welchem der das *pekulium* einräumende *dominus* keinen derartigen Vorbehalt erklärt, eine *separatio peculiorum* aber *ipso iure* eintritt. Es ist der Fall der *concessio nominum*. Geschieht die Einräumung eines *pekuliums* durch die Überlassung von Forderungen an den gemeinsamen Sklaven, dann scheitert die Entstehung eines *peculium commune* daran, daß Forderungen nicht *ipso iure* *commun* werden, sondern es hierzu einer *cessio actionum* bedarf⁹⁴.

91 Richtig Micolier 375 ff.; Beseler SZ 50 (1930) 56 betrachtet das ganze Fragment, Rechnitz, Salvius Julianus 70 das erste Beispiel Julians als Paraphrase.

92 D. 41.1.37.1 (Jul. 44 dig.).

93 D. 15.1.11.9 (Ulp. 29 ed.); Solazzi, Studi sull'actio de peculio, Bull. 17 (1905) 211 u. FN 3; Levy, Konkurrenz 1, 240.

94 Vgl. D. 17.2.1.1 i.V.m. eod. 1. 3 (Paul 32 ed.).

Marcell muß in der in D. 15.1.16 jedenfalls teilweise überlieferten Note noch ein weiteres Beispiel für die Entstehung von peculia separata angeführt haben. Dies ergibt sich aus

D. 15.1.7.1 (Ulp. 29 ed.)

Et adicit pupillum vel furiosum constituere quidem peculium servo non posse: verum ante constitutum, id est ante furorem vel a patre pupilli, non adimetur ex his causis. quae sententia vera est et congruit cum eo, quod Marcellus apud Iulianum notans adicit posse fieri, ut apud alterum ex dominis servus peculium habeat, apud alterum non, ut puta si alter ex dominis furiosus sit vel pupillus, si (ut quidam inquit, putant) peculium servus habere non potest nisi concedente domino. ego autem puto non esse opus concedi peculium a domino servum habere, sed non adimi ut habeat. alia causa est peculii liberae administrationis: nam haec specialiter concedenda est.

Tubero definiert das peculium in

D. 15.1.5.4 (Ulp. 29 ed.)

Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.

Diese Definition billigt auch Celsus in

D. 15.1.7 pr. (Ulp. 29 ed.)

Quam Tuberonis sententiam et ipse Celsus probat.

Nach Tubero kann ein Pupill oder ein Rasender kein Peculium bestellen. Ist es aber vor Beginn der Unzurechnungsfähigkeit oder durch den Vater des Pupillen errichtet worden, so wird es nach Celsus⁹⁵ nicht hinfällig, wenn der dominus später

⁹⁵ Et "adicit" bezieht sich auf Celsus, dessen Standpunkt in D. 15.1.7 pr. von Ulpian dargestellt wird.

furiosus wird oder der pater stirbt, ein tutor aber noch nicht bestellt ist. Dies stimme überein - fährt Ulpian in D. 15.1.7.1 fort - mit dem, was Marcellus in einer Note zu Julian angemerkt habe: Es könne sein, daß ein gemeinsamer Sklave bei dem einen Herrn ein Pekulium habe, bei dem anderen nicht, wenn, wie einige annehmen, ein Sklave ein peculium nur mit ausdrücklicher Konzession des dominus haben könne. Ich aber bin der Meinung - so Ulpian⁹⁶ -, daß eine concessio nicht erforderlich sei, sondern die Nichteinziehung genüge.

Das bei Ulpian wiedergegebene Marcelluszitat stammt, wie die in den Worten "posse fieri, ut apud alterum ex dominis servus peculium habeat, apud alterum non" umschriebene Problemstellung beweist, aus der Note zu D. 15.1.16. In D. 15.1.16 beginnt Julian mit der Frage: "Quis ergo casus est, quo peculium servi communis ad alterum ex dominis solum pertineat?"

Marcell beharrt im Anschluß an die "quidam" und mit Tubero und Celsus auf einer "concessio" des Gewalthabers: Während der geschäftsfähige dominus wirksam dem servus communis ein Pekulium bestellt, entstehen dem Rasenden oder Pupillen als Miteigentümer keine Rechte am Pekulium, weil sei aufgrund ihres rechtlichen Status zu einer concessio peculii nicht in der Lage sind.

Ulpian schwächt das Erfordernis der concessio, so wie es die bei Marcell zitierten "quidam" verstehen, ab. Indem er auf die "ademptio" abhebt, gelangt er jedoch in den von Celsus referierten Fällen nicht zu anderen Ergebnissen, denn er pflichtet Celsus mit dem "quae sententia vera est" ausdrücklich bei. Ulpian versucht lediglich die Lösung des Celsus im Falle der nachträglich eintretenden Geschäftsunfähigkeit (verum ante consitutum - non adimetur ex his causis) mit

96 Lenel, Pal. Jul. 194 bezieht das "ego" auf Marcellus; richtig dagegen Karlowa II 1133; Vermond, De iure rerum corporalium privatorum I (1928) 107; M.G.Longo, Il concetto classico e il concetto giustiniano di amministrazione peculii, AG 16 (1928) 195; Kaser SZ 54 (1934) 396 Fn. 3.

dem neuen Kriterium der ademptio abzusichern⁹⁷.

III. Nur sehr lose ist der Zusammenhang zwischen dem Julian-text und der Note in der im folgenden zu untersuchenden Gruppe von Fragmenten. Der Ausgangssachverhalt dient Marcell gleichsam als Aufhänger für lehrbuchmäßige Ausführungen, die aber zugleich den bei Julian entscheidungsrelevanten Tatbestand genauer umreißen. Durch diese Fragmente scheint noch das dialektische Lehrgespräch hindurchzuschimmern, wenn Marcell durch ständige Abwandlung des Sachverhalts schließlich eine Fallkonstellation aufzeigt, für welche die Julianlösung nicht mehr gilt.

1. Ein Musterbeispiel für systematische, lehrbuchartige Ausführungen stellt D. 39.6.13 pr. und § 1 (Jul. 17 dig.) dar.

D. 39.6.13 pr. und § 1 (Jul. 17 dig) = Pal. Jul. 290

Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego si convalvero. (1) Marcellus notat: in mortis causa donationibus etiam facti quaestiones sunt. nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur: et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. sed et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui acceperit decesserit. sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio, id est nec si convaluerit quidem donator⁹⁸.

⁹⁷ Anders Micollier 265 und Bruti, Studi sulla capacità dei servi (1976) 27, 28, 34, 46, wonach Marcellus eine anfängliche concessio peculii für unnötig erachtete. Dagegen spricht schon das congruit, das die Übereinstimmung mit Celsus dokumentiert. Eine Kongruenz wird man aber nur annehmen können, wenn der zu entscheidende Sachverhalt bei beiden Juristen der gleiche ist; wie hier Keller, Jhb. des gemeinen dt. Rechts 3 (1859); Mandry, Das gem. Familiengüterrecht II (1876) 71.

⁹⁸ Lex geminata: D. 39.6.35.4 (Paul 6 Jul. et Pap.).

Ego verschenkt eine fremde (nicht furtive) Sache mortis causa. Der Empfänger ersitzt sie. Julian erörtert die Frage, wer die Sache, wenn ego geneset, kondizieren könne und entscheidet, daß die *condictio ego* zustehe.

Der Beschenkte hat die Sache nicht vom Eigentümer, sondern eben vom Schenker erhalten, dem er die Gelegenheit der Ersitzung verdankt. Diesem soll daher die *condictio causa data causa non secuta* bei Konvaleszenz zukommen⁹⁹, da der Beschenkte so angesehen wird, als habe er für den Schenker ersessen; auch wenn der Schenker die Sache behalten und selbst ersessen hätte, wäre das Resultat für den Eigentümer kein anderes: Er hätte sie durch Ersitzung unwiederbringlich verloren¹⁰⁰.

In § 1 notiert Marcellus, bei Schenkungen von Todes wegen komme es auf Tatsachenfragen an, also auf *id quod actum est*¹⁰¹. Es könne nämlich so geschenkt werden, daß

1. die Sache nicht zurückzugeben ist, wenn der Schenker an eben jener Krankheit gestorben ist,
2. sie zurückzugeben ist, obgleich der Schenker zuvor an jener Krankheit gestorben ist, wenn er nur infolge einer Willensänderung die Rückgabe gewollt habe,
3. sie in keinem anderen Falle zurückzugeben ist, als wenn der Beschenkte vorverstirbt,
4. die Sache überhaupt nicht mehr zurückzugeben ist, auch nicht bei Genesung des Schenkers.

Nach der ersten Alternative berechtigt die Konvaleszenz von der die Schenkung verursachenden Krankheit zur Kondiktion.

⁹⁹ D. 39.6.33 (Paul 4 Plaut.), dazu Trampedach, Die *condictio certi*, SZ 17 (1898) 103 ff.; Haymann, Zuwendung aus fremdem Vermögen, Jher. Jhb. 77 (1927) 193 ff.; Donatuti, Le causae delle conditiones, St. Parmensi 1 (1951) 72; Voci DER II 446 gegen Schwarz, *Condictio* 166 ff.; Amelotti, La donatio mortis causa in diritto romano (1953) 133 ff.

¹⁰⁰ Trampedach 104; Amelotti op. cit. 135; Robbe, Diritto ereditario romano (1965) 124 ff., 126, der auf das Erfordernis des nur im Verhältnis Schenker-Beschenkter vorliegenden *negotium* als Voraussetzung der *condictio* abstellt.

¹⁰¹ Hierzu Pringsheim, *Id quod actum est*, SZ 78 (1961) 39; Gandolfi, Studi sull' interpretazione degli atti negoziali (1966) 133 ff.

Dies ist gerade der typische Fall¹⁰² einer Rückforderung bei der *donatio mortis causa periculo imminente*, den auch Julian seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Für eine Verdächtigung dieses Teils der Note bietet der Text weder formale noch sachliche Anhaltspunkte¹⁰³. Hinsichtlich des von Julian behandelten Sachverhalts bedeutet das Vorversterben des Schenkers *ex ae valetudine* den Ausschluß des Rückforderungsrechts.

Die Echtheit des zweiten von Marcell erwähnten Beispiels wird von der h.M. bestritten¹⁰⁴. Ein solches sei erst in nachklassischer Zeit entwickelt worden. Nach dieser Auffassung sind alle Quellen, welche ein Reurecht bezeugen¹⁰⁵, interpoliert.

Demgegenüber halten Savigny¹⁰⁶, Wenger¹⁰⁷, Michaélidès-Nouaros¹⁰⁸, Voci¹⁰⁹ und zuletzt auch Verrey¹¹⁰ das Reurecht bei der *donatio mortis causa* für klassisch. Es soll hier genügen, auf die Ergebnisse insbesondere der Untersuchung Voci hinzuweisen, die sich auch durch weitere Erwägungen stützen lassen.

102 Quellennachweise bei Simonius, *Donatio mortis causa* (1958) 111.

103 Die pauschale Verdächtigung des § 1 durch Ascoli, *Trattato delle donazioni secondo il diritto civile italiano con riguardo al dritto romano e alla giurisprudenza moderna* (1898) 166, Biondi, *Donatio mortis causa* (1914) 51 u. Fn. 2 ist ungerechtfertigt; zu undifferenziert auch Simonius, *Die donatio mortis causa im klass. röm. Recht* (1958) 103 ff.; Robbe. 307 ff.; Di Paola, *Donatio mortis causa* (1950) 83 ff. vermutet hier ein vorjustinianisches Traktat.

104 Neben der oben Fn. 103 Genannten auch Sciascia, *Bull.* 49/50 (1947) 456 ff.; Amelotti 44 ff.; Yaron, *Some remarks on donatio mortis causa*, *RIDA*³ 3 (1956) 506; Archi, *L'evoluzione della donazione nell' epoca postclassica*, *RIDA*³ 5 (1958) 410 Fn. 39; Kaser *TR* 27 (1959) 218; Kaden *SZ* 76 (1959) 621.

105 I. 2.7.1; D. 24.1.11.10 (Ulp. 32 Sab.); eod. 1. 22 (Ulp. 3 Sab.); D. 39.6.16 (Jul. 29 dig.); D. 39.6.30 (Ulp. 29 ed.); D. 40.1.15 (Marc. 23 dig.); siehe auch PS 3.7.2; CE 308, 2; LV 5.2.6.

106 *System des heutigen römischen Rechts* IV (1841) 241.

107 *Eine Schenkung auf den Todesfall*, *SZ* 32 (1911) 336.

108 *Contribution a L'étude des pactes successoraux en droit byzantin* 57.

109 *DER* II 442 ff.

110 *Leges geminatae a deux auteurs et compilation du digeste* (1973) 141 ff.

Einige Autoren¹¹¹ gestehen zu, daß auch in klassischer Zeit eine ausdrückliche Vereinbarung eines Reurechts möglich gewesen sei, ein solches sich hingegen nicht "ex natura negotii", d.h. ohne besondere Vereinbarung ergeben habe. Letztere Einschränkung ist aber nicht haltbar. Die reale donatio selbst ist kein besonderer Geschäftstypus¹¹², sondern nur eine causa. Als solche kann sie nur in Verbindung mit einem Geschäft, wie etwa der mancipatio, traditio oder stipulatio auftreten. Hierbei mußte aber das Rückforderungsrecht stets durch besondere Parteiabrede (stipulatio) ausbedungen werden¹¹³. War aber zur Erhaltung des Rückforderungsrechts eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch ein Reurecht vereinbart werden konnte.

Darüber hinaus dürfte auch ohne ausdrückliche Vereinbarung schon in klassischer Zeit durch die Anwendung der lex Cincia die Entwicklung zur freien Widerruflichkeit der donatio mortis causa begünstigt worden sein¹¹⁴: Die donatio mortis causa wurde erst mit dem Tode des Schenkers perfekt (D. 39.6.32 Ulp. 76 ed.).

Zur Widerruflichkeit als einem allgemeinen Prinzip der Verfügungen von Todes wegen wird auch die allmähliche Anwendung der Legatsregeln auf die Schenkung von Todes wegen beigetragen haben¹¹⁵.

Zu betonen ist, daß die Erwähnung eines Reurechts in PS 3.7.2 und CE 308,2, das sich in gleicher Weise auch im Osten¹¹⁶ fin-

111 Haymann, Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donationibus, 39,6, in SZ 38 (1917) 241; Simonius 93,110; Kaden SZ 76 (1959) 625 ff.

112 J. G. Wolf, Causa stipulationis (1970) 130.

113 Amelotti 105 ff.; Simonius 112 ff., der meint, Konvalenz sei condicio tacita gewesen; Robbe 108 ff.; Voci DER II 440 ff.; a.A. Di Paola 171 ff.

114 Voci a.a.O. 465 und Amelotti 209 ff. bezweifeln zu Unrecht die Anwendbarkeit der lex Cincia, vgl. Haymann SZ 38 (1917) 226; Siber, Confirmatio donationis SZ 53 (1933) 139 ff.; Biondi, Successione² 712; Di Paola 53 u. Fn. 39; Kaser RP I² § 191 = 764 u. Fn. 2.

115 Dazu Biondi 710 ff.; Kaser § 191 = 764 ff.

116 Levy, Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des Rechts, in SZ 49 (1929) 256 Fn. 5.

det, eher für als gegen die Klassizität des Reurechts spricht. Angesichts der Quellenlage liegt es näher, das in den nachklassischen Quellen erwähnte Pänitenzrecht auf die Klassiker zurückzuführen¹¹⁷.

Demnach wird man auch für die klassische Zeit ein Reurecht des Schenkers ex natura negotii schwerlich bestreiten können. Die Rechtspraxis scheint aber zu einer weitgehenden Abbedingung eines solchen Pänitenzrechtes gelangt zu sein.

Aus der Anwendung des zweiten Beispiels der Marcellusnote auf den Julianschen Ausgangssachverhalt folgt: Hat der Schenker noch vor seinem Tode an der die Schenkung initiierenden Krankheit von seinem Reurecht Gebrauch gemacht, steht seinen Erben die *condictio* zu.

Die Rückforderung bei Vorversterben des Donataren im dritten Beispiel ist unbestritten klassisch¹¹⁸. Bei der *donatio* in bloßer "*cogitatio mortis*" ist Prämorienz neben der Reue ein weiterer selbständiger Rückforderungsgrund. Aus der Nichterwähnung eines *periculum imminens* in der dritten und vierten Variante könnte man wohl das Vorliegen einer *donatio mortis causa sola cogitationis mortis* annehmen, sicher ist dies aber nicht.

Dem Schenker stand bei Vorversterben des Empfängers ursprünglich die *actio ex stipulatu*, später die *condictio* auf Rückgabe der Sache zu.

Das vierte Beispiel, das Marcell anführt, sieht schließlich die Möglichkeit eines völligen Ausschlusses der Rückforderung vor und wird deshalb nahezu einhellig als gestört angesehen¹¹⁹.

117 Voci DER II 468 Fn. 104.

118 D. 24.1.32.14 (Ulp. 33 Sab.); eod. 52.1 (Pap. 10 quaest.); D. 39.6.23 (Afr. 2 quaest.); eod. 26 (Marci. 2 reg.); eod. 44 (Paul 1 manual.).

119 Neben den im Ind. itp. Genannten vgl. auch Sciascia 458; Di Paola 84; Donatuti 96 ff.; Simonius 103 m.w.N.; Kaser TR 27 (1959) 218; Kaden SZ 76 (1959) 621 ff.; Schindler, Justinians Haltung zur Klassik (1966) 17; Verrey 147 ff.

Als Argument wird in erster Linie die Unverträglichkeit mit D. 39.6.27 (Marci 5 reg.), D. 39.6.35.2 (Paul 6 Jul. et Pap.) und D. 39.6.42.1 i.f. (Pap. 13 resp.) angeführt, wonach der Ausschluß eines jeden Rückforderungsrechts die Schenkung zu einer donatio absoluta mache und ihr den Charakter einer Schenkung von Todes wegen nehme.

Andere¹²⁰ sind der Auffassung, daß die Phrase "ut nullo casu sit eius repetitio" sich nur auf den Widerruf si donator convaluerit aber nicht auch auf "Si prior ille qui acceperit decesserit" beziehe. Dagegen spricht, daß in diesem Fall das Beispiel vier lediglich eine Wiederholung der vorausgehenden Variante wäre.

Amelotti¹²¹ erklärt die Stelle für das byzantinische Recht, indem er dem mortis causa donare in D. 39.6.12.1 in Anlehnung an die Scholien *δωρεται* zu Bas. 23.1.19¹²² sowie *δωρετ*¹²³ zu Bas. 47.3.13 die Bedeutung von "aus dem Motiv des drohenden Todes heraus schenken" zumißt und meint, auch die Byzantiner hätten hier keine donatio mortis causa im juristischen Sinne angenommen¹²⁴.

Mit einer Mindermeinung wird man aber die Authentizität auch des letzten von Marcell angeführten Beispiels kaum bestreiten können¹²⁵. Wenngleich wohl in klassischer Zeit im allgemeinen gerade die Möglichkeit der Rückforderung die donatio mortis causa von der absoluten Schenkung unterschied und bei Justinian dieses Kriterium, wie CJ 8.56.4 (a.530) und Nov. 87 (a.539) dokumentieren, nicht mehr entscheidend war¹²⁶, so deu-

120 Savigny, op. cit. 241 u. Fn. f; Senn, *Études sur le droit des obligations I: La donation a cause de mort* (1914) 132 ff.

121 A.a.O. 46 ff.

122 Hb. 2,616 = Scheltema BS IV,1543.

123 Hb. 4,601 = Scheltema BS VII,2792.

124 Dagegen zurecht Simonius 105 ff.

125 Wenger, *Eine Schenkung auf den Todesfall* SZ 32 (1911) 325 ff., insb. 336 ff.; Michaélides-Nouaros 57; Voci 442 ff.

126 Dazu richtig Simonius 106 ff. gegen Amelotti 47; zu CJ. 8.56.4 auch Schindler 13 ff.

tet doch einiges darauf hin, daß schon bei Marcellus die später von Justinian vertretene Auffassung angelegt war, Marcian, Paul und Papinian diese Meinung aber abgelehnt haben¹²⁷. In CJ. 8.56.4 und Nov. 87 berichtet Justinian von einem Streit der prudentes über die Rechtsnatur der donatio mortis causa. Danach hätten sie die einen als ein Geschäft unter Lebenden, die anderen als eine Verfügung von Todes wegen angesehen. In Nov. 87 bezieht sich Justinian auf eine Stelle im 39. Buch seiner Digesten, in welcher Julian die beliebige Abdingbarkeit des Rückforderungsrecht postuliert habe. Gemeint kann hiermit nur D. 39.6.13.1 sein, wo Marcellus die möglichen Ausgestaltungen der Schenkung von Todes wegen aufführt¹²⁸. Nun kann natürlich D. 39.6.13.1 - was Justinian möglicherweise nicht erkannte - schon nachklassisches Recht gewesen sein¹²⁹. Dem kann man aber entgegenhalten, daß die Spätclassiker Papinian, Paul und Marcian sich offensichtlich zu einer Abgrenzung der donatio mortis causa von der Schenkung unter Lebenden gezwungen sahen, wohl nur, weil diese Grenze von anderen Juristen anders gezogen wurde.

Auf der anderen Seite weist die Marcellusnote nach Struktur und Aufbau eine in sich logische Fortentwicklung auf. Die "ea valetudo" knüpft unmittelbar an das "convalescere" bei Julian an. Unter dem Stichwort "quaestio facti" werden nacheinander die möglichen Rückforderungsgründe aufgezählt. Daß das Schwergewicht auf das reddere gelegt wird (....ut reddatur; et ut reddatur; ut non aliter reddatur; ut nullo casu sit eius repetitio), ist bedingt durch den Zusammenhang von D. 39.6.13 pr. mit dem anschließenden § 1. Nur wenn ein Rückforderungsrecht besteht, kann der Schenker (oder wie im zweiten Beispiel sein Erbe) kondizieren.

Schließlich kann man in dem id est nec si convaluerit quidem donator, von einigen Autoren als Glossem verdächtigt¹³⁰, um-

127 Siehe oben S. 80.

128 Richtig Schindler 17 u. Fn.24.

129 Schindler a.a.O. m.w.N.

130 Vgl. Ind. itp. ad h.l.

gekehrt gerade ein Echtheitsindiz sehen, dokumentiert es doch den Zusammenhang der Note mit dem Principium, indem es die bei Julian ausschließlich genannte Konvaleszenz noch einmal aufgreift¹³¹. Marcellus will damit sagen, daß bei der vorliegenden Konstellation der Erwerb der res aliena durch den Beschenkten nach der usucapio entgültig ist und eine Kondiktion des Schenkers ausscheidet¹³².

Bemerkenswert ist, daß die Note Marcellis nicht an dem eigentlichen Problem, unter welchem Julian den Sachverhalt in l. 13 pr. betrachtet, ansetzt. Während Julian - allerdings selbst etwas von seinem eigentlichen Thema abgekommen¹³³ - sein Augenmerk darauf richtet, wer zur condictio aktiv legitimiert ist, liegt das Schwergewicht der Note auf der Frage, wann die condictio zur Verfügung steht, was allerdings die Zustimmung zur Lösung Julians voraussetzt. Immerhin wird deutlich die Problemverlagerung durch Marcell, ohne daß jedoch der Zusammenhang zwischen Note und Ausgangssachverhalt völlig aus dem Blickfeld verschwindet.

2. Die Grenzen der Julianentscheidung zeigt die in D. 35.2.34 (Jul. 42 dig.) erhaltene Note auf. Der Zusammenhang zwischen Note und Kontext - letzterer findet sich in D. 30.97 (Jul. 42 dig.)¹³⁴ - ist nicht nur wegen der in den Digesten räumlich getrennten Überlieferung beider Fragmente nur noch schwer zu erkennen.

D. 30.97 (Jul. 42 dig.)

Si mihi Stichus legatus esset fideique meae
commissum, ut aut Stichum aut Pamphilum meum

131 Insoweit richtig Verrey 148, der aber dennoch eine Überarbeitung eines weiter nicht bestimmbareren klassischen Kerns der Note annimmt.

132 Zu der Erklärung der Geminatio (oben Fn.98) siehe statt aller, Verrey (oben Fn.110), 141 ff.

133 Im 17. Buch behandelte er die donatio inter virum et uxorem, vgl. Lenel Pal. I 366 ff.

134 Vgl. Krüger, Dig. ad h.l.; Lenel Pal. Jul. 589.

servum redderem, et in Stichus aliquid ex legato propter legem Falcidiam perdidissem, necesse habeo aut Pamphilum servum meum totum Titio dare aut eam partem Stichi, quam legatorum nomine accipero.

D. 35.2.34 (Jul. 42 dig.) = Pal. Jul 589

Marcellus libro quadragesimo secundo digestorum Juliani notat:

In testatoris servo non erit Falcidia locus: si vero pecuniam aliudve quid legaverit fideique legatarii commiserit, ut alienum servum vel legatarii manumitteret locus erit.

Der Ausgangsfall bei Julian:

Ego ist der Sklave Stichus vermacht worden. Gleichzeitig wurde er mit dem Fideikommiß beschwert, den vermachten Stichus oder den eigenen Sklaven Pamphilus dem Titius herauszugeben. Mußte sich Ego eine verhältnismäßige Kürzung des Legats aufgrund der lex Falcidia durch den Erben gefallen lassen, so stellt sich die Frage, ob er das ihm beim legatum alternativum per damnationem zustehende Wahlrecht¹³⁵ dahingehend ausüben kann, den vermachten Stichus oder den eigenen Sklaven Pamphilus jeweils abzüglich des vom Erben einbehaltenen Anteils herauszugeben. Julian entschied, daß der Abzug nach der lex Falcidia hinsichtlich des legierten Stichus keinen Einfluß auf die andere Fideikommißalternative Pamphilus habe. Ego mußte demnach entweder den ihm gehörenden Pamphilus ganz oder von Stichus soviel, wie er aufgrund des Vermächtnisses erlangt hat, an den Titius herausgeben¹³⁶. Hinter dieser

¹³⁵ D. 30.47.3 (Ulp. 22 sab.); D. 33.6.4 (Paul 4 Sab.); D. 33.2.21 (Paul 7 Jul. et Pap.); D. 31.19 (Cels. 18 dig.); D. 31.43.3 (Pomp. 3 Qu. Muc.); diese galt auch für das Fideikommiß: D. 30.109.1 (Afr. 6 quaest.); Lit.: Voci DER II, 264 u. Fn. 61; Grosso, Legati² 267.

¹³⁶ Die von Rechnitz, 93, 100 angenommene Interpolation von necesse habere und die Verdächtigung des meum servum als Glosse beeinträchtigen nicht die sachliche Substanz des Fragments. Darüber hinaus bestehen jedoch gegen die Methode von Rechnitz schon vom Ansatz her Bedenken, wenn dieser zum Nachweis von Interpolationen an die Julianexte die Maßstäbe der antiken Kunstprosa anlegt, vgl. Bund, Salvius Julianus, Leben u. Werk, ANRW II, 15 (1976) 444 Fn. 325.

Interpretation steht die Absicht, dem Erblasserwillen so weit wie möglich Rechnung zu tragen.

Die Note Marcellus:

Beschränkt sich Julian auf die Frage des Einflusses der lex Falcidia auf ein dem Legatar auferlegtes fideicommissum alternativum, dessen eine Alternative den vermachten Gegenstand zum Inhalt hatte, so ging Marcellus hierauf in der zu diesem Fragment gehörenden Note nicht unmittelbar ein. Er stellt eingangs der Note fest, daß die lex Falcidia bezüglich (der fideikommissarischen Freilassung¹³⁷) des Erblassersklaven keine Anwendung finde. Hat der Erblasser aber Geld oder etwas anderes, verbunden mit dem Fideikommiß, einen fremden Sklaven freizukaufen oder den eigenen freizulassen, vermacht, dann sei die lex Falcidia anwendbar.

Marcellus legt in der Note dar, daß sich das von Julian erörterte Problem beim Freilassungsfideikommiß in dieser Form überhaupt nicht stellte: Vermacht der Erblasser dem Ego den Stichus und beschwert er ihn gleichzeitig mit dem Fideikommiß, diesen oder den im Eigentum des Ego stehenden Pamphilus freizulassen, dann findet die lex Falcidia in testatoris servo keine Anwendung¹³⁸. Die Einschränkung in testatoris servo, die eine alternative Fassung des Fideikommisss nahelegt, kann ursprünglich bei Marcell nur den Sinn gehabt haben, daß bei Freilassung des Stichus der Erbe nichts einbehalten darf, wohl aber wenn der Legatar den Pamphilus in die Freiheit entläßt. Der Fortgang der Stelle liefert uns hierfür den Beweis: Wird Geld vermacht, verbunden mit dem Fideikommiß, einen fremden Sklaven oder den eigenen freizukaufen bzw. freizulassen, dann findet die lex Falcidia Anwendung¹³⁹. Die Nichtanwendbarkeit der lex Falcidia im Ausgangsfalle beruht auf einem

137 Daß es sich um ein Freilassungsfideikommiß handelt, ergibt die Anknüpfung an l. 33, die durch die Kompilatoren geschaffen wurde, ist aber auch dem zweiten Teil der Note unzweifelhaft zu entnehmen.

138 Zur Begründung dieser Ausnahme Impallomeni 173.

139 Vgl. auch D. 40.5.6 (Paul 57 ed.), dazu Impallomeni 174 ff.

weder datierbaren noch dem Namen nach bekannten SC¹⁴⁰ nur für den Fall, daß gerade der vermachte Sklave nach dem Willen des Testators freigelassen werden soll¹⁴¹. Eine extensive Interpretation auf Geldvermächtnisse, die zur Freilassung bzw. zum Freikauf von Sklaven verwendet werden sollten, wurde nicht unternommen¹⁴². Stellte sich aber bei Freilassung des Pamphilus das Legat des Stichus wie ein Geldvermächtnis dar, so war die Nichtanwendung der lex Falcidia ungerechtfertigt. Genau diese Differenzierung lag der Marcellentscheidung zugrunde¹⁴³. Wie die Erfüllung dieses Legats durch den Erben zu geschehen hatte, läßt sich nur vermuten. Denkbar ist, daß der Erbe das Legat zunächst zurückbehält, bis der Legatar sein Wahlrecht, welchen der beiden Sklaven er freizulassen gedenkt, ausgeübt hat. Einer Klage auf Herausgabe des Stichus kann der Erbe hier wohl die exceptio doli entgegenhalten, wenn der Legatar ihm nicht den Kürzungswert zunächst bezahlt¹⁴⁴.

Der Zusammenhang zwischen dem von Julian zu entscheidenden Fall und der Marcellischen Sachverhaltsvariation ist lose, aber aus der - wenngleich durch die Kompilation etwas verän-

140 Krüger 184 vermutet wohl das SC. Iuncianum.

141 D. 35.2.33 (Paul 3 fideic.). Zur Nichtanwendbarkeit des SC bei Geldvermächtnissen, Buckland, Slavery 521; Voci DER II, 426 u. Fn. 105, 756 Fn. 13.

142 Begründung hierzu bei Nicosia a.a.O. 90 ff.

143 Die Eingangsphrase in testatoris servo non erit Falcidiae locus stammt von Marcell. Ihr wird im anschließenden Satz, der noch die Struktur des von Julian gewählten Beispiels aufweist, das locus erit entgegengestellt. Im Übrigen gibt Paul unmittelbar zuvor in D. 35.2.33 (Paul 3 fideic.) die von Marcell genannte Regel (zu ihr Nicosia, Legato sub modo e Falcidia, JURA 8 (1957) 91; Impallomeni, Le manemissioni mortis causa (1963) 173 ff.) wieder. Hätten die Kompilatoren die Note inhaltlich verändert, dann hätten sie diese völlig überflüssige Wiederholung gestrichen. So aber ist wahrscheinlich, daß im Rahmen der Kompilation lediglich die bei Marcellus unverzichtbare Überleitung vom einfachen Fideikommiß zum Freilassungsfideikommiß entfallen ist, weil durch die neue Lokation der Note im Gesetzgebungswerk Justinians der Zusammenhang mit der Problematik des Freilassungsfideikommisses nunmehr offenkundig war.

144 D. 35.2.16 pr. u. § 1 (Scaev. 3 quaest.); Kaser RP I² § 188 II (= S. 757).

derthen - Struktur der Note (alium servum vel legatarii) noch klar erkennbar. Besonders deutlich wird hier, wie Marcell durch Abwandlung des Sachverhalts stets die Lösung verändert und das Problem verlagert. Ging es Julian lediglich um den Einfluß der lex Falcidia auf ein fideicommissum alternativum, so beschäftigt sich Marcell gleichsam mit der Vorfrage, wann die lex Falcidia anzuwenden ist und wann sie - ausnahmsweise - nicht gilt. Gleichzeitig umreißt und präzisiert die Note Inhalt und Tragweite der Julianlösung.

3. Den entscheidungserheblichen Sachverhalt bei Julian stellt Marcell auch in D. 35.2.75 (Jul. 40 dig.) = Pal. Jul. 562 heraus. Hierzu gehört

D. 35.2.86 (Jul. 40 dig.)

Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat: eadem fratri quaedam praedia praelegavit: quaero, an Titius ea quae praelegata sunt etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est, restituere an integra retinere debeat. respondi Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum, sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiae lex Falcidia induceretur.

D. 35.2.75 (Jul. 40 dig.) = Pal. Jul. 562

Ex libro quadragesimo digestorum Iuliani Marcellus. Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti malet.

Titius ist als Erbe zu einem Drittel eingesetzt und mit dem Fideikommiß beschwert, die Erbschaft unter Abzug eines Viertels der Secunda und Procula zu restituieren. Gleichzeitig wurden ihm praedia praelegiert. Die an den Juristen herangetragene Frage war, ob Titius die vorausvermachten Grundstücke behalten durfte oder sie teilweise restituieren mußte.

Julians Entscheidung beschränkt sich nicht auf die angeschnittene Frage: Zunächst stellt er fest, ohne allerdings eine Begründung dafür zu liefern, daß Titius die praelegierten Grundstücke vollständig behalten dürfe.

Das ist alles andere als selbstverständlich, wenn man die dogmatischen Grundlagen der Entscheidung offenlegt. Nach der regula "heredi a semet ipso legatum dari non potest"¹⁴⁵ ist ein dem Erben zukommendes Vermächtnis unwirksam. Ist der Erbe nur Miterbe, so ist in Höhe seines Erbteils auch das Prälegat ungültig. Wäre demnach das Vorausvermächtnis an Titius in Höhe eines Drittels nichtig, so ändert sich dieses Ergebnis allerdings durch die Anwendung des SC. Trebellianum¹⁴⁶. In Höhe des zu restituierenden Teils der Erbschaft (Dreiviertel des auf Titius entfallenden Erbschaftsdrittels) stand Titius nunmehr legatarii loco. Als Erbe galt Titius demnach nur noch in Höhe des ihm nach der Restitution noch verbleibenden Erbschaftsrestes von einem Zwölftel ($1/3$ abzüglich $3/4$ von $1/3$). Zu diesem Zwölftel war das Prälegat ungültig, erwarb Titius also nicht ex iure legatario sondern nach Julian ex iure hereditario¹⁴⁷. Anders¹⁴⁸ entschied später Ulpian unter Berufung auf ein Kaiserreskript, wonach dieser Teil dem Fideikommissar herauszugeben war¹⁴⁹. Julians Entscheidung beruht auf einer konsequenteren Berücksichtigung des Erblasserwillens¹⁵⁰. Läßt der Erblasser dem Fiduziar neben der zu resti-

145 Zu ihr zuletzt Nörr, Spruchregel und Generalisierung SZ 89 (1972) 53 ff.; Meincke, Zur Anwachsung beim Prälegat, FS Kaser (1973) 98 ff.

146 Da hier das Fideikommiß nicht mehr als Dreiviertel der Erbschaft umfaßte, kam das SC Trebellianum zum Zuge, Gai. 2,255; UE 25,14.

147 Ebenso Gai 3 leg. ed.pr. D. 35.2.74, vgl. auch Voci II, 763; Kaser RP I² § 185 III, 3 = 748.

148 Unrichtig Biondi, Successione² 474 u. Fn. 1, der einen Widerspruch verneint, zutreffend dagegen Pampaloni, Sul prelegato a favore dell'erede fiduciario, in St. Serafini (1892) 459 ff.

149 D. 36.1.19.3 (15 Sab.), dazu Pampaloni 457 ff.; Grosso, Legati²229.

150 Richtig Pampaloni 461.

tuierenden Erbschaft eine Sache zukommen, dann will er, daß dieser die ganze Sache soll behalten dürfen. In dem Prälegat ist daher zugleich eine Teilungsanordnung zu sehen. Demnach muß sich der Fiduziar, insoweit als das Vermächtnis ihn selbst belastet, diese Quote auf das ihm verbleibende Viertel anrechnen lassen¹⁵¹. War dagegen dem Titius die Restitution der ganzen Erbschaft aufgegeben worden, - so die zweite Variante bei Julian - dann kam das SC Trebellianum nicht zur Anwendung, sondern nach dem SC. Pegasianum galt vortrebellianisches Recht¹⁵². Der Erbe blieb auch nach außen hin berechtigt und verpflichtet, der Fideikommissar stand lediglich legatarii loco. Für das dem Erben zugewandte Prälegat konnte die Anwendung des SC. Pegasianum in diesem Falle nicht ohne Folgen sein. Galt der Erbe in Höhe seines Erbteils auch nach der Restitution als Erbe, so war das Prälegat in der gesamten Höhe seines Erbteils unwirksam, da es insoweit den Bedachten selbst belastete. Diese Nichtigkeit bewirkte, daß der Erbe das Prälegat in Höhe eines Drittels iure hereditario - nämlich unter voller Anrechnung auf die ihm nach der lex Falcidia zukommende Quart - erwarb¹⁵³.

Im letzten Satz stellt Julian noch einmal besonders heraus, daß es die Erblasserin in den Händen hat, durch die Ausgestaltung des Fideikommisses zu bestimmen, inwieweit eine Anrechnung des Prälegats auf den dem Erben verbleibenden Erbteil zu erfolgen hat¹⁵⁴: Hat die Erblasserin die Restitution

151 So auch D. 35.2.22 pr. (Paul 17 quaest.); eod. 1.29 (Paul 2 fideic.); e contrario auch aus D. 35.2.74 (Gai. 3 leg. ed.pr.) zu entnehmen; D. 35.2.91 (Marci 13 inst.); Lit.: Voci DER II; Grosso, Legati² 353.

152 Gai. 2,256,257.

153 Vgl. die Quellennachweise oben Fn. 151.

154 Beselers (Zur Lehre vom Prälegat, SZ 49 (1929) 157) sprachliche Beanstandungen - so unbegründet sie wegen ihrer Forderung nach einem philologischen Purismus sind - beeinträchtigen nicht die Aussage der Stelle. Anders v. Lüttows Kritik (Zur Lehre vom Prälegat, SZ 68 (1951) 517), wonach die Anrechnung des Prälegats auf die Quart byzantinisch sei. Als "legge nei calcoli oscura" bezeichnet Bonfante, Corso VI. (Nachdruck 1974) 500 lex 86.

des gesamten Erbteils angeordnet, dann widerspreche es ihrem Willen, wenn der Erbe neben dem Prälegat auch noch die falcidische Quart verlangen könnte. Die in dem Prälegat enthaltene Teilungsanordnung gebietet zwar, daß der Fiduziar trotz Teilnichtigkeit des Prälegats die vorausvermachten Grundstücke behalten dürfe, darüber hinaus wollte die Erblasserin ihm aber keine Vermögenswerte zukommen lassen. Dem wird man dadurch gerecht, daß man nunmehr das Prälegat, soweit es nichtig ist, voll in die falcidische Quart einbezieht. Die unterschiedlichen Lösungen, die sich aus der Anwendung der SC. Trebellianum und Pegasianum ergeben, entsprechen somit auch der voluntas testatoris.

Marcell führt in der Note¹⁵⁵ zu D. 35.2.86, nämlich in D. 35.2.75 (Jul. 40 dig.) aus:

Das Problem der Anrechnung des Prälegats auf die nach der lex Falcidia dem Erben vorbehaltene Quart stelle sich nicht, wenn dem Erben das Prälegat unter der Auflage zugedacht werde, daß er Legate und Fideikomnisse ungekürzt leiste. Behalte der Erbe bei Herausgabe der Erbschaft das falcidische Viertel zurück, dann sei seine Klage auf das Vermächtnis abzuweisen.

Umstritten ist die Rechtsnatur des von Marcellus angeführten Legats. Pernice¹⁵⁶ erklärt die denegatio actionis mit dem Wegfall der causa in futurum; Biondi¹⁵⁷ sieht in dem "ut-praestet" eine Bedingung.

Richtig aber ist, wie schon das ut¹⁵⁸ vermuten läßt, daß es

¹⁵⁵ Der Zusammenhang zwischen l. 86 und l. 75 ist bisher noch nicht gesehen worden. Lenel führt die l. 75 als Nr. 562, l. 86 als 563 auf, ohne sie miteinander in Beziehung zu bringen.

¹⁵⁶ Labeo III,1 (1892) 76.

¹⁵⁷ Successione² 387.

¹⁵⁸ Zum ut als Kennzeichen für ein Legat unter einer Auflage vgl. Voci II 620; Di Salvo, II legato modale in diritto romano (1973) 104 ff.

sich um ein Legat unter einer Auflage handelt¹⁵⁹. Der Prätor hat die Klage abgewiesen, weil der Erbe nicht die geforderte cautio ut integra legata vel fideicommissa praestet leistete, sondern die Einbehaltung der Quart vorgezogen hatte. Bleibt ihm dieses auch unbenommen, so verliert er dennoch hierdurch seinen Anspruch aus dem Vermächtnis gegen seine Miterben. Anders als in l. 86 erwirbt er die prälegierten Grundstücke nicht iure hereditario vollständig unter Anrechnung auf seinen Erbteil. Was ihm bleibt, ist die falcidisch Quart, die insgesamt ein Zwölftel der gesamten Erbschaft ausmacht.

Einmal mehr entfernt sich Marcell in seiner Note deutlich von der Fragestellung Julians, ohne diese allerdings völlig aus dem Blick zu verlieren. Ohne Julian zu kritisieren, umreißt er negativ den Geltungsbereich der Entscheidung in l. 86 durch die Anführung eines Sachverhalts, für den andere Grundsätze zu gelten haben. Der - für sich genommen - durchaus auch selbständige Gehalt dieser Note hat wie bei der Note in D. 35.2.34 zu einer Loslösung derselben und Einordnung in einen der Problematik Marcells noch näherstehenden Kontext durch die Kompilatoren geführt. Diese Operation erschwert, da der Zusammenhang bei der vorliegenden Art von Noten mit dem Ausgangssachverhalt bei Julian nicht evident ist und durch die Einordnung der vom Kontext getrennten Noten in ein neues Umfeld noch zusätzlich verschleiert wird, eine Palinogenese dieser separat Überlieferten Noten.

4. Der negativen Umgrenzung der Julianlösung dient ebenfalls die in D. 36.1.28.6 (Jul. 40 dig) Überlieferte Note:

D. 36.1.28.6 (Jul. 40. dig.) = Pal. Jul. 569

Quotiens filius emancipatus bonorum possessionem
contra tabulas accipit, nulla ratio est compellendi

¹⁵⁹ So richtig Biondi, Successione² 569; Voci II 620 ff.; a.A. aber zu eng, Di Salvo 61 ff.; gegen ihn mit Recht Kaser, Labeo 22 (1976) 382 ff., 383.

heredis ad restituendam hereditatem et sicut neque legata neque fideicommissa cetera praestare cogitur, ita ne ad restitutionem quidem hereditatis compelli debet. Marcellus: plane non est compellendus adire si iam filius bonorum possessionem, ne intercidat fideicommissum mortuo herede instituto et ommissa a filio bonorum possessione.

Ein pater familias hat unter Übergehung seines emanzipierten Sohnes einen Außenerben eingesetzt und ihn mit einem Fideikommiß beschwert. Wenn der filius emancipatus die bonorum possessio contra tabulas erlangt hat, besteht kein Grund, den heres scriptus zur Herausgabe der ganzen Erbschaft zu zwingen, ebensowenig wie er zur Leistung der Legate und Übrigen (Einzel)fideikommisse genötigt werden kann¹⁶⁰.

Bei Übergehung eines filius emancipatus wird durch die Erteilung der bonorum possessio contra tabulas das zivilrechtlich wirksame Testament vom Prätor zum Teil entkräftet, jedoch bleiben Vermächtnisse und Fideikommisse zugunsten der Kinder und Eltern sowie das dos-Legat an die Schwiegertochter nach dem Edikt "De legatis praestandis"¹⁶¹ bestehen. Daß ein solcher Ausnahmefall vorliegt, ist nicht ersichtlich. Muß der heres scriptus die Legate und Fideikommisse nicht mehr erfüllen, dann besteht auch kein Grund, ihn zum Antritt der Erbschaft nach den Sca Trebellianum und Pegasianum zu zwingen¹⁶².

Der Entscheidung Julians stimmt auch Marcell zu:

plane non est compellendus adire, si iam filius vonorum possessionem (accepit, sed compelli potest si nondum agnovit filius bonorum possessionem).

160 Die gegen die Echtheit des Fragments von Beseler, Beiträge V (1931) vorgetragenen Bedenken (quotiens-hereditatem sei eine eingedrungene Randsumme) sind unbegründet.

161 Lenel EP³ 344 ff. Zum ganzen auch Kaser RP I² § 172 I, 3 = 707 ff.; Voci II 652 ff.

162 De Francisci, Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana, Bull. 22 (1910) 195 u. Fn. 1, der aber daraus folgert, der filius emanc. als bonorum possessor müsse die Legate und Fideikommisse erfüllen; der Stelle ist dies nicht zu entnehmen; gegen ihn richtig Schindler, Justinian 78.

Die in Klammer gesetzte Ergänzung wird im Anschluß an Cuias¹⁶³ allgemein gebilligt¹⁶⁴. Während man aus dem ersten Halbsatz der Note zweifellos auf eine Billigung der Julianentscheidung schließen kann, kann sich die mit ne intercidat eingeleitete Begründung nur auf einen Sachverhalt beziehen, bei dem ein Zwang zum Antritt befürwortet wurde. Damit das Fideikommiß nicht untergeht, wenn der eingesetzte Außenerbe stirbt und der filius emancipatus die bonorum possessio nicht beantragt, muß der heres scriptus zum Antritt gezwungen werden, solange der emanzipierte Haussohn noch nicht die bonorum possessio contra tabulas erlangt hat.

Der Inhalt der Anmerkung ist ziemlich banal und eigentlich schon in der Julianentscheidung mitenthaltend, die ihren Geltungsbereich mit dem quotiens bonorum possessionem contra tabulas accipit genau bestimmt. Marcellus verdeutlicht lediglich den von Julian nicht explizit entschiedenen - geradezu spiegelbildlichen - Fall, daß der Übergangene filius emancipatus die b.p.c.t. noch nicht erhalten hat. Die Note erleichtert damit das Verständnis des Juliantextes und rundet die Problemstellung ab.

5. Eine ähnliche Symetrie zum Sachverhalt Julians weist die Note in D. 36.1.28.7 (Jul. 40 dig.)

D. 36.1.28.7 (Jul. 40 dig.) = Pal. Jul.569

Qui ex Trebelliano senatus consulto hereditatem restituit, sive petat a debitoribus hereditariis sive ab eo petatur, exceptione restitutae hereditatis adiuvari vel summoverti potest. actiones autem fideicommissario competunt, quas habuit heres eo tempore, quo fideicommissum restituebat. Marcellus: sed eas quoque actiones, quae sub conditione erant et quarum dies eo tempore non cesserat, fideicommissario competere placet. sed antequam restituatur hereditas, exceptione aliqua heres adiuvandus non est: cum hoc minus ex causa fideicommissi sit restitutus.

163 Ad libros XC Digestorum Salvii Julianus ad. h.l.

164 Vgl. auch Mommsen D. ad.h.l.

Der mit einem Universalfideikommiß beschwerte Erbe hat die Erbschaft dem Fideikommissar restituiert. Klagt er jetzt noch gegen einen Erbschaftsschuldner oder wird er von einem Nachlaßgläubiger in Anspruch genommen, dann kann im ersten Falle ihm selbst, im zweiten dem Erbschaftsgläubiger die exceptio restitutae hereditatis entgegengehalten werden¹⁶⁵. Nach dem SC Trebellianum steht der Fideikommissar heredis loco¹⁶⁶. Daher ist er auch hinsichtlich der Klagen, welche dem Erben zum Zeitpunkt der Restitution zustanden, aktivlegitimiert¹⁶⁷. Marcellus präzisiert zunächst, daß dem Fideikommissar auch diejenigen bedingten Forderungen zustünden, deren Bedingung zum Restitutionszeitpunkt noch nicht eingetreten war. Die Note spricht damit für die vorherrschende Ansicht, daß bereits die Klassiker - unter ihnen Julian¹⁶⁸ - die Vererblichkeit einer bedingten Obligation annahmen¹⁶⁹.

Entgegen der Mutmaßung von Masi¹⁷⁰ endet die Marcellusnote aber nicht mit placet. Dem vor der Restitution in Anspruch Genommenen steht keine Einrede zu, da er das vor der Restitution Geleistete bei der Herausgabe der Erbschaft an den Fideikommissar abziehen kann. Auch dieser Satz ist authentisch. Dies ergibt schon ein Vergleich der Struktur der vorliegenden Anmerkung mit den anderen in Abschnitt III behandelten Noten, insbesondere mit Nr. 4. Allen hier behandelten notae ist gemeinsam, daß sie die Grenzen der Julianentscheidung durch Bildung einer aus dem bei Julian vorgefundenen Sachverhalt abgeleiteten Fallkonstellation aufzeigen, für welche die Lösung Julians keine Geltung mehr beanspruchen

165 Voci DER II 358 ff.

166 Gai. 2, 251.

167 Voci DER II 366 u. Fn. 107; 366 u. Fn. 121; Masi, Studi sulla condizione (1966) 39.

168 D. 36.2.19 §§ 3 u. 4 (Jul. 70 dig.), zuletzt Flume, Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker, SZ 92 (1975) 107 ff., 109 u. Fn. 126 m.w.L.

169 Masi 39; Flume 107 ff.; zum Meinungsstand, Überblick bei Kaser RP I² § 61 I, 4 = 256.

170 A.a.O. 39.

kann. Wie in Nr. 4 knüpft die vorstehende Note an den von Julian zwar nicht ausdrücklich, wohl aber implizit mitentschiedenen Fall an, in welchem die Restitution noch nicht stattgefunden hat. Hier soll dem Erben keine Einrede zugute kommen, da er dasjenige, was er vor der Restitution an Erbschaftsgläubiger leisten muß, bei der Restitution der Erbschaft in Abzug bringen dürfe¹⁷¹. Auf die bei Julian noch erörterte Möglichkeit der Klage des Erben gegen einen Nachlaßschuldner geht Marcell nicht mehr ein. Sie ist auch wenig problematisch: Die vom Erben eingetriebenen Forderungen sind Bestandteil der später zu restituierenden Erbschaft. Die Lösung des abgewandelten Falles durch Marcell ergibt sich hier wie schon in Nr. 4 unschwer e contrario bereits aus dem Julianfragment.

6. Die Klarstellung eines von Julian aufgestellten Leitsatzes bezweckt die von Paul zitierte Note in

D. 31.82.2 (Paul 10 quaest.) = Pal.Jul. 467

Servo alieno posse rem domini legari Valens scribit: item id quod domino eius pure debetur. cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio, ceterum ex persona servi constitit legatum, et ideo rectissime Iulianus definit id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset. calumniosa est enim illa adnotatio posse legari servo et quamdiu serviat: nam et hoc legatum ex persona servi vires accipit: alioquin adnotaremus esse quosdam servos qui, licet libertatem consequi non possunt, attamen legatum et hereditatem possunt acquirere domino. ex illo igitur praecepto, quod dicimus servi inspicere personam in testamentis, dictum est servo hereditario legari posse. ita non mirum, si res domini et quod ei debetur servo eius pure legari possit, quamvis domino eius non possent haec utiliter legari.

171 Der Grund für die Gestattung des Abzugsrechts liegt darin, daß die Forderung des Fideikommissars gegen die Erben ähnlich wie die bonae fidei iudicia sich nach der Billigkeit richtet (Kaser, Restituere als Prozeßgegenstand² (1968) 42 ff.), und der Erbe ja nur das tut, wozu der Fideikommissar ohnehin verpflichtet wäre.

Nach dem Bericht Pauls hat Valens entschieden, daß einem *servus alienus* eine seinem *dominus* gehörende Sache ebenso, wie dasjenige, was dem *dominus* unbedingt geschuldet wird, vermacht werden könnte; wenn nämlich einem fremden Sklaven ein Vermächtnis ausgesetzt werde, dann komme es auf die Person seines Herrn nur insoweit an, als bei diesem die *testamenti factio* (passiva) vorhanden sein müsse. Im Übrigen sei auf den Sklaven selbst abzuheben. Julian habe daher zurecht die Formel geprägt, daß einem fremden Sklaven all das vermacht werden könne, was er (von Rechts wegen) haben könne, wenn er freigelassen würde. Spitzfindig sei dagegen jene Anmerkung, daß ein Vermächtnis einem fremden Sklaven auch "solange er Sklave ist," ausgesetzt werden könne; denn auch die Wirksamkeit eines solchen Legats gründe auf der Person des Sklaven. Ansonsten könnte man auch anmerken, daß auch solche Sklaven, die niemals die Freiheit erlangen können, ein Vermächtnis oder eine Erbschaft für ihren Herrn zu erwerben in der Lage sind.

Die von Paul als *calumniosa* bezeichnete *adnotatio* stammt, wie wir aus *Marci. D. 30.113 pr. (7 inst.)* wissen, von Marcell:

D. 30. 113 pr. (Marci. 7 inst.)

Servo alieno ita legari potest 'quoad serviat' vel 'si servus' forte 'Titii erit' ut et Marcellus ait.

In welchem Zusammenhang Julian seinen formalisierten Leitsatz aufgestellt hat, ist kaum mehr rekonstruierbar. Man nahm an, Julian habe mit dieser Formel den Anwendungsbereich der von den klassischen Juristen ungeliebten *regula Catoniana*¹⁷² einengen wollen¹⁷³. Nach ihr beurteilte sich die Gültigkeit eines Legats nach dem Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Ähnlich wie in dem berühmten - einen Schulenstreit auslösenden - Fall eines *Damnationslegats* zugunsten eines Gewaltunterworfe-

¹⁷² Zu ihr und der Haltung der klass. Juristen vgl. Hausmaninger, TR 36 (1968) 469 ff.; zur *regula* selbst siehe auch Schmidlin, Die römischen Rechtsregeln (1970) 68 ff.

¹⁷³ So vor allem Lambert, *La règle catonienne* (1925) 161 ff.; aber auch Grosso, *Legati*² 187 ff.; 188.

nen des Erben¹⁷⁴, habe der Sabinianer Julian das Vermächtnis einer res domini an einem servus alienus nur als durch die Freilassung bedingtes gelten lassen wollen¹⁷⁵. Indessen stellt Paul fest, daß ein Legat, wie es hier in Frage steht, immer und zwar auch "pure" gültig sei. Schon darum ist fraglich, daß Paul die Gültigkeit des Legats einer res domini an einen servus alienus wegen der regula Catoniana bezweifelte. War nämlich das Legat einer schon dem dominus gehörenden Sache wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam, bedürfte auch die Frage nach der Wirksamkeit des Vermächnisses einer seinem Herrn gehörenden Sache zugunsten des Sklaven einer weiteren Erörterung. Hier aber stellte sich das spezielle Problem anfänglicher Unwirksamkeit eines Legats, auf das die regula Catoniana anzuwenden wäre, gar nicht.

Nicht als Problem der regula Catoniana behandelt Papinian die von Julian aufgestellte Regel in

D. 33.3.5 (Pap. 16 quaest.)

Etsi maxime testamenti factio cum servis alienis ex persona dominorum est, ea tamen quae servis relinquuntur ita valent, si liberis relicta possent valere: sic ad fundum domini via servo frustera legatur.

Das Legat einer via zum Grundstück des dominus ist ungültig, weil dem Sklaven, wäre er frei, eine via zum Grundstück eines anderen nicht legiert werden könnte.

Es ist demnach keinesfalls ausgemacht, daß Julian seine definitio im Zusammenhang mit dem von Valens und Paul erörterten Fall aufgestellt hat, vielmehr ist gut möglich, daß erst Paul sie aus einem anderen Zusammenhang bei Julian entnommen hat.

Gleichwohl ist mit Blick auf Pauls Polemik Marcellus' Kritikan-
satzpunkt noch deutlich erkennbar. Dem von Julian abstrakt formulierten Leitsatz : id servo alieno legari potest, quod ipse liber factus capere potest, setzt er entgegen: alieno servo et ita legari potest 'quoad serviat' vel si 'servus

¹⁷⁴ Gai. 2,244; UE 24,23; dazu Masi, Condizione 102; Horak, Tationes decidendi (1969) 134 ff. 136 Fn. 22; Flume SZ 92 (1975) 105 ff.; Liebs, ANRW II, 15 (1976) 256.

¹⁷⁵ So versteht offensichtlich Voci, Teoria dell' acquisto (1936) 78 ff. die Stelle.

Titii erit' 176.

Räumt die Definition Julians - wenngleich bloß durch die Fiktion der Freiheit - der Persönlichkeit des Sklaven als Legatar eine weitgehende juristische Relevanz ein¹⁷⁷, so schien es Marcellus nötig, die Bedeutung dieser Aussage ins rechte Licht zu setzen, da der Wortlaut - besonders den Rechtsunkundigen - leicht irritieren konnte. Wenn Marcell feststellte, man könne auch 'quoad serviat' oder 'si servus Titii erit' legieren, dann wollte er damit zum Ausdruck bringen, daß es auch Fälle geben konnte, in welchen nach dem Willen des Erblassers die Nichtfreilassung des Sklaven gerade die Bedingung der Zuwendung war. Freilich richtet sich die Wirksamkeit auch eines solchen Legats nach der Person des Sklaven, wie Paul zurecht bekräftigt. Aus der mit alioquin eingeleiteten Polemik Pauls¹⁷⁸ wird die Stroßrichtung Marcellus deutlich: Bei der Formulierung Julians könnte jemand auf den Gedanken kommen, ein durch die Nichtfreilassung bedingtes Legat an einen servus alienus sei unwirksam. Der Definition Julians eine solche Bedeutung zuzumessen, ist aber - wie Paul nicht ohne Grund bemerkt - zumindest aus der Sicht des gebildeten Juristen spitzfindig; dennoch scheint aber eine Klarstellung nicht überflüssig gewesen zu sein, da auch Marcian mit Nachdruck die Marcellische Anmerkung bekräftigt.

Der Schlüssel für die Lösung der Frage, warum Paul Marcellus Note als spitzfindig bezeichnet, andererseits Marcian die Aussage der Note ausdrücklich bekräftigt, liefert das Marcianfragment selbst. Marcellus Note wird in den Institutionen Marcians - also in einem Elementarlehrbuch - wiedergegeben. Nicht alles, was dem gebildeten Juristen als spitzfindig oder abwegig erscheint, ist es auch in den Augen des Rechtsschü-

176 Das si servus Titii erit scheint ebenfalls schon bei Marcell gestanden zu haben, D. 30.113 pr.

177 Pernice, Labo I (1873) 113 ff. insb. 141/142; Buckland, 131 ff. ins. 142.

178 Man könnte mit gleichem Recht auch anmerken, daß gewisse Sklaven, welche niemals die Freiheit erlangen können, dennoch ein Vermächtnis oder eine Erbschaft für ihre Herren erwerben können.

lers. Gerade bei einem noch in der Ausbildung stehenden Juristen wird man die von Marcell befürchtete Schlußfolgerung nicht von der Hand weisen können. Eine Klarstellung erschien daher notwendig.

7. Schulmeisterliche Pedanterie spricht auch aus der in D. 16.3.22 (Ulp. 30 ed.) = Pal. Überlieferten Note:

D. 16.3.1.22 (Ulp. 30 ed.) = Pal. Jul. 209

Est autem et apud Iulianum libro tertio decimo digestorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat: quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel condicio depositionis non existit?

Ulpian bestätigt durch ein Julianzitat den auch an anderer Stelle¹⁷⁹ überlieferten Grundsatz, daß der Hinterleger vom Verwahrer, auch wenn ein späterer Termin vereinbart war, jederzeit die in Verwahrung gegebene Sache herausverlangen kann. Die Bestimmung eines Termins dient nämlich nur dem Interesse des Gläubigers¹⁸⁰.

Da der Verwahrer aufgrund der actio depositi - und zwar ganz gleich welche der beiden Formeln in Frage stand¹⁸¹ - nur für

179 D. 16.3.1.45 (Ulp. 30 ed.); eod. § 46

180 Pernice, Parerga, SZ 9 (1888) 225; Rotondi, Studi sul diritto romano delle obbligazioni, Scritti II (1922) 76 ff.; C. Longo, Deposito (Corso 1949) 39; Bonifacio, NNDI 5 (1960) 496 (s.v. deposito); Astuti, ED 12 (1964) 214 (s.v. Deposito); Kaser RP I² § 126 I, 1 (= 535).

181 Ob die in factum konzipierte oder die in ius gefaßte; vgl. Genzmer, Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs, SZ 44 (1924) 151 ff.; zur Formel Lenel Ep³ 288 ff., der unser Fragment wohl eher auf die formula in factum concepta beziehen will, a.a.O. Fn. 5; a.A. Burillo, Las formulas de la actio depositi, SD 28 (1962) 283; zum Verhältnis der beiden Formeln zuletzt Gandolfi, Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana (1976) 69 ff., 74 ff.

dolus haftet, behandelt Julian auch gleich noch die Frage, wann die Voraussetzungen für die Annahme eines dolus vorliegen: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod repositi rem non reddat. Dolos handele, wer die Sache, wenn der Hinterleger sie zurückfordert, nicht zurückgibt. Marcellus hingegen schränkt diese Entscheidung dahin ein, daß nicht immer dolus vorliege, wenn die Sache nicht zurückgegeben werde. So zum Beispiel dann nicht, wenn die hinterlegte res in der Provinz sich befindet, wenn sie in Speichern liegt, die bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht geöffnet werden können oder wenn die Bedingung für die Rückgabe noch nicht eingetreten ist.

Die Stelle ist von verschiedener Seite als verfälscht angesehen worden¹⁸². Die Verdächtigungen sind indessen unbegründet. Lenel¹⁸³, Bertolini¹⁸⁴ und Rotondi¹⁸⁵ wollen das "condemnationis" streichen; Biondi¹⁸⁶ eliminiert gleich den ganzen Satz: quid enim - condemnatio. Als Begründung wird angeführt, daß die Kompilatoren die "condemnatio" an die Stelle der "actio" gesetzt hätten. Indessen hat Kaser¹⁸⁷ - unter Hinweis auf D. 16.3.20 u. 1.21¹⁸⁸ - gezeigt, daß bei der actio depositi der Beklagte, der die facultas reddendi erst post litem contestationem aber jedenfalls zum Zeitpunkt der condemnatio erlangt hatte, verurteilt wurde, wenn er die Rückgabe arglistig verweigerte. Die Bezugnahme Marcells auf das tempus condemnationis ist daher nicht zu beanstanden.

Dem unbefangenen Betrachter des Juliantextes mußte sich die Frage stellen, welche Bedeutung dem Erfordernis des dolus noch zukommen konnte, wenn jede Nichtrückgabe der Sache die Haftung des Verwahrers begründen würde. Julian hat aber, wie

182 Vgl. die Nachweise im Ind. itp. ad h.l.

183 Lenel, Pal. II 614 Fn. 5.

184 Bertolini, Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile I (1913) 331 Fn. 1.

185 Rotondi, Scritti II 76 u. Fn. 1.

186 Biondi, Actiones noxales (1925) 262 Fn. 3; ebenso Bessler SZ 56 (1936) 86.

187 Restituere² (1968) 223.

188 Echtheit nicht zu bezweifeln, Burillo SD 28 (1962) 281 ff.; Wubbe, Gaius et les contrats réels, TR 35 (1967) 517 ff., 520 ff.

schon Wubbe¹⁸⁹ zu Recht betont, seiner Aussage einen engeren Sinn beigelegt: Nur die Nichtrückgabe trotz faktischer Möglichkeit der Rückgabe begründe *dolus*¹⁹⁰. Für jeden Juristen war jedoch klar, was gemeint war. Lediglich ein Rechtsunkundiger hätte die über das Ziel hinausschießende Formulierung mißverstanden. Wenn daher Marcell in kasuistischer Weise die Grenzen der Julianschen Aussage aufzeigt, dann dürfte er dies kaum im Hinblick auf ein bei anderen Fachkollegen auftauchendes Mißverständnis getan haben, sondern weil er in erster Linie wohl der Benutzung der *Digesten* Julians im Unterricht Rechnung getragen hat. Daß ein nach der *intentio* der in *factum* konzipierten Formel erforderlicher *dolus malus* - für die in *ius* gefaßte *bona fides* Formel gilt im Ergebnis nichts anderes¹⁹¹ - dann nicht vorliegt, wenn der Depositar ohne sein Zutun die Sache nicht herausgeben kann, weil sie sich etwa in der Provinz befindet oder in einem *horreum* liegt, zu welchem der Depositar nicht jederzeit Zutritt hat¹⁹², will auch Julian nicht bestreiten. Marcells Note hat daher insoweit keine Kritik zum Inhalt, sondern wie in D. 31.82.2 lediglich Klarstellungsfunktion.

Im letzten Beispiel der Note: *vel condicio depositionis non exstitit* wird ein *dolus* bei Nichtherausgabe der Sache nicht wegen faktischer Unmöglichkeit verneint, sondern wegen Nichteintritt der im Verwahrungsvertrag vereinbarten Bedingung. Marcell behandelt hier offensichtlich den von Julian sicherlich nicht ins Auge gefaßten Sonderfall des *depositum seques-*

189 A.a.O. 518.

190 Siehe auch D. 16.3.12.3 (Pomp. 22 Sab.) : *si.. potuit id reddere ius nec reddidit*; D. 17.1.8.9 (Ulp. 31 ed.) : *Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere non restituit*; ungenau wie in § 22: Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.47 i.f.: *hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit*.

191 Vgl. Genzmer SZ 44 (1924) 151; Kaser RP I² § 126 I, 2 (= 535).

192 Zu den tatsächlichen Verhältnissen bei der Speichermiete vgl. Alzon, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain* (1965) 105, 106.

trum¹⁹³. Für das depositum sequestrum ist charakteristisch, daß der Gläubiger die hinterlegte Sache nicht jederzeit herausverlangen kann¹⁹⁴. Gerade die hierin zum Ausdruck kommende Sachverhaltsabwandlung zum Zwecke der Umschreibung des Geltungsbereichs der Julianentscheidung ist charakteristisch für Marcell¹⁹⁵ und läßt Zweifel an der Echtheit dieses letzten Satzteils¹⁹⁶ nicht aufkommen.

IV. Stellt man im Anschluß an die Quellenexegese die Frage nach der Bedeutung der erklärenden Noten für das gesamte Notenwerk, so scheint es angezeigt, sich den allgemeinen Befund noch einmal zu vergegenwärtigen.

Allen hierher gehörigen Noten ist gemeinsam, daß sie weder offen noch versteckt Kritik üben, sondern die Entscheidung Julians lediglich erläutern. In den hier behandelten Fragen bezeugen die Quellen auch sonst keine Klassikerkontroverse. Auch dort, wo Neuerungen Julians zu vermuten sind¹⁹⁷, scheinen diese sich zu Marcell's Zeiten allgemein durchgesetzt zu haben, so daß sich die Existenz einer Anmerkung hierzu nicht als Parteinahme für Julian im Streit um die richtige Meinung erklären läßt.

Dürfen wir aber andererseits bei allen Notenwerken von deren sporadischen Charakter ausgehen¹⁹⁸, so muß es doch einen

193 Michel, *Gratuité* (1962) 374 u. Fn. 33, ebenso auch Arangio-Ruiz, AG 78 (1907) 240; zum depositum sequestrum vgl. neben Arangio-Ruiz aaO. noch Astuti ED 12 (1964) 223; Literatur bei Gandolfi, *Deposito* 6 Fn. 1.

194 Vgl. D. 4.3.9.3 (Ulp. 11 ed.) und dort Labeo: „neque Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis; Paul D. 16.3.6, (Paul 2 ed.): Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur.

195 Vgl. die unter Nr. III 1 bis 6 aufgeführten Noten.

196 Anders aber Wubbe, a.a.O.

197 D. 30.82. §§ 2 u. 3, oben II, 1; D. 4.6.41, oben II, 2 vielleicht auch D. 15.1.16. eod. 1.7.1, oben II, 5

198 Siehe oben S. 23, 24

Grund dafür geben, warum gerade solche Fragmente, die keinerlei Anlaß zur Kritik geben konnten, mit Noten versehen wurden; denn eigentlich würde man erwarten, daß ein Adnotator derartige Fragmente stillschweigend übergeht. Die nota begegnet uns hier jedoch nicht in ihrer kritischen Ausprägung, sondern als schlichte Erklärungshilfe. Dennoch müßte der oft banale¹⁹⁹ und bisweilen sogar abwegig erscheinende²⁰⁰ Inhalt der Noten überraschen, würde man annehmen, daß diese Noten sich an die Fachkollegen richteten.

Indessen finden sich genügend Anhaltspunkte dafür, daß Adressat der vorliegenden Notenkategorie nicht der Kollege oder erfahrene Jurist, sondern der Rechtsschüler war, diese Noten also ihre Existenz allein dem mit ihnen verbundenen Lehrzweck verdanken. Ihnen kommt ein darüber hinausragendes praktisches oder wissenschaftliches Eigengewicht nicht zu. Das drückt sich auch darin aus, daß lediglich vier²⁰¹ von ihnen von späteren Juristen zitiert werden, die übrigen elf uns aber direkt überliefert sind.

Die Methode der Zusammenfassung oder Zuordnung einer Lösung in bzw. zu abstrakten Leitsätzen²⁰² oder deren Bekräftigung durch Erfinden neuer unter den Leitsatz fallender Beispiele²⁰³ ist uns bekannt aus den regulae-Werken der klassischen Ju-

199 So bei der Regelformulierung in D. 26.8.12, oben I,1; aber auch in D. 36.1.28.11, oben II,4; D. 36.1.28 II 6 und 7, oben III,5 und 6.

200 D. 31.82.2, oben III,6; D. 16.3.1.22, oben III,7.

201 Oben D. 12.1.14; I,4; D. 15.1.7.1, II,5; D. 31.82.2, III,6; D. 16.3.1.22, III,6. Mit den nicht einzuordnenden (Fn.2) Anmerkungen würde sich diese Zahl auf neun erhöhen, was einem prozentualen Anteil von 25 Prozent aller indirekt überlieferten Noten gleichkäme. Demgegenüber beläuft sich der Anteil der hierher gehörenden direkt überlieferten Noten an der Gesamtzahl der direkten Noten auf 50 Prozent.

202 So die Beispiele unter I.

203 Oben II.

risten²⁰⁴. Es handelt sich hier wie bei den institutiones um Elementarlehrbücher, die sich gerade an Anfänger richten.

Für den Lehrcharakter der oben dargestellten Noten paradigmatisch sind insbesondere die Noten D. 39.6.13.1²⁰⁵ und D. 31.82.2²⁰⁶. Während jene eine geradezu schulbuchmäßige, systematische Darstellung der donatio mortis causa enthält, kennzeichnet es diese, daß sie von späteren Juristen als unseriös abqualifiziert wird. Gewiß ist diese Bezeichnung treffend, wenn man als Adressaten dieser Note sich den juristischen Fachkollegen vorstellt. Sie erscheint aber in einem anderen Lichte, wenn man mit ihr den dahinterstehenden Lehrzweck verbindet.

Kennzeichnend für die unter III behandelten Noten ist das Abtasten des Geltungsbereichs der bei Julian gefundenen Entscheidungen. Dieses Vorgehen erinnert stark an die im Rechtsunterricht geführte Disputation, in welcher durch ständige Abwandlung des Sachverhalts die Relevanz der einzelnen Tatbestandsmerkmale herausgearbeitet wurde. Hierin kann man vielleicht sogar eine Bestätigung für die Vermutung der Herkunft der notae aus dem Rechtsunterricht sehen.

Tritt bei der vorliegenden Kategorie von Noten der Lehrzweck recht deutlich zu Tage, so wird man dieselbe Zielsetzung bei den im folgenden zu behandelnden kritischen Noten nicht a priori verneinen können, gleichwohl aber dürfte seine Bedeutung zugunsten wissenschaftlicher Intentionen vergleichsweise gering sein.

204 Zu ihnen Liebs, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, ANRW II, 15. (1976) 232 ff.

205 Oben III, 1.

206 Oben III, 6.

§ 6 Systemtreue und Traditionalismus als Grundlagen der

Marcellischen Juliankritik in den Noten.

Etwa Dreiviertel aller uns Überlieferten Noten setzen sich mit den Entscheidungen Julians kritisch auseinander. Nach unserer Kenntnis von der Redaktion der justinianischen Digesten müssen wir vermuten, daß gerade Noten dem in C. Deo auctore §§ 4 u. 8, C. Tanta pr. u. §§ 1 u. 10 = C. *Δέδωκεν* pr., §§ 1 u. 10 dokumentierten Glättungsprozeß zum Opfer gefallen sind¹.

Abgesehen von einigen beiläufigen Bemerkungen, in denen die Noten Marcells als die Neuerungen Julians limitierend charakterisiert wurden², dem summarischen Überblick von Buhl³, wo aber ausdrücklich auf die Ermittlung einer bestimmten, durchgehenden Tendenz verzichtet wurde⁴, sowie einer kurzen Notiz von Bund⁵, war das Verhältnis der notae zu Julian noch nicht Gegenstand der wissenschaftlichen Forschung.

Um so notwendiger erscheint eine Klärung der Grundlagen der Marcellischen Kritik, will man sich nicht allzu vordergründig mit der Diagnostizierung eines "gewissen Widerspruchsgeistes" begnügen⁶. Hierbei soll es uns nicht um die Herausarbeitung juristischer Argumentationsfiguren gehen⁷, sondern um das in

1 Vgl. als Beispiel FV 75.3 (mit Notenzitat) gegenüber der geglätteten Digestenversion in D. 7.2.1.2 (Ulp. 17 Sab.).

2 Ferrini, Anzeige zu Buhls *Salvius Julianus*, in AG 37 (1886) 324 ff. 33, ders. *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana* (1885) 71, 85, zustimmend hierzu in der Rezension Pernice, SZ 7 II (1886) 152; Bruns-Pernice-Lenel, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts*, in Holtzendorffs *Encyklopädie der Rechtswissenschaft* 16 (1904) 137; Mayer-Maly, *Art. Ulpianus Marcellus* in RE IX A 1 (1961) 571.

3 *Salvius Julianus* I (1886) 114-126.

4 A.a.O. 125.

5 *Untersuchungen zur Methode Julians* (1965) 181, 182 u. Fn. 41-43.

6 So aber anscheinend Buhl, *op.cit.* 125.

7 Insofern ist nicht die Schaffung eines Pendantes zu Bunds methodologischer Julianbetrachtung das Ziel dieser Arbeit.

den Noten zum Ausdruck kommende juristische Selbstverständnis Marcells, insbesondere um sein Verhältnis zur traditionellen Zivilrechtsdogmatik und der von dieser entwickelten Prinzipienzusammenhänge⁸. Ein solches Unterfangen erscheint uns erfolversprechender als die rechtsgeschichtlich zweifelhafte Kategorisierung nach innovationshemmenden (konservativen) und rechtsfortbildenden (progressiven) Noten. Eine solche Unterscheidung, die bei der Diagnose stehen bleibt, vermag nicht die Grundlagen der Marcelluskritik zu verdeutlichen, sondern läuft Gefahr, durch oftmals anachronistische Wertungen jene gerade zu verschleiern. In der Folge führt ein solches Vorgehen zu einem schiefen Bild von den Noten Marcells⁹, indem wegen Berücksichtigung jeweils nur der "konservativen" oder der "progressiven" Noten, die eine oder andere Kategorie überbewertet und das die verschiedenen Kategorien Verbindende nicht erkannt wird.

Bei der Untersuchung der Frage, was Marcell dem genialen Julian, der in so manchen Bereichen der römischen Jurisprudenz eine neue Richtung wies¹⁰, entgegenzusetzen hatte, lassen sich zwei Arten von Noten unterscheiden: Solche, die die Lösung Julians limitieren¹¹ und solche, die über das von Julian gefundene Ergebnis hinausgehen¹². Während die erste Kategorie zumeist - wenngleich nicht immer - Juliansche Neuerungen zum Gegenstand hat, ist es bei den Noten der zweiten Art Marcell, der neue Wege geht.

Die Frage drängt sich auf, ob beiden - in den Quellen etwa im Verhältnis 1 zu 2 belegbaren - Notenkategorien nicht nur der den Noten immanente Kritizismus gemeinsam, sondern trotz der

8 Dieser von J.G.Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht* (1961) 162 gewählte Ausdruck zur Bezeichnung dessen, was gemeinhin als "System" begriffen wird, scheint uns treffender als der Begriff "System". Ein "System", nach dem Verständnis des 19. Jahrhunderts, aber auch dem unserer Zeit, war der römischen Jurisprudenz unbekannt.

9 Vgl. die oben Fn. 2 genannten Autoren.

10 Vgl. hierzu den Überblick bei Boulard, *L. Salvius Julianus, son oeuvre ses doctrines sur la personnalité juridique* (1903) Tafel 1 S. 146 ff.

11 Dazu sogleich im folgenden.

12 Unten §7.

der unterschiedlichen Wirkung auch eine durchgehende Tendenz auszumachen ist. Eine Untersuchung dieser Frage verspricht nicht nur neue Erkenntnisse über das Verhältnis Marcellus zu Julian, sondern vermag auch unsere Anschauung vom Einfluß der Juristenpersönlichkeiten auf die Fortentwicklung des Rechts zu verdeutlichen.

I. 1. a) Für die Gruppe der die Entscheidung Julians limitierenden Noten beginnen wir mit der Exegese von

D. 4.4.11.5 (Ulp. 11 ed)= Pal. Jul 634

Si locupletis heres extitit et subito hereditas lapsa sit (puta praedia fuerunt quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decesserunt): Iulianus quidem libro quadragensimo sexto sic loquitur, quasi possit minor in integrum restitui. Marcellus autem apud Iulianum notat cessare in integrum restitutionem: neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem, et quod fato contingit, cuius patri familias quamvis diligentissimo possit contingere, sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales vel praedia urbana, aes autem alienum grave, quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant, vel quod non cito distraxerit haec, quae nullis casibus obnoxia sunt.

Ein Minderjähriger hat einen reichen Erblasser beerbt; durch ein unabwendbares Ereignis dann aber die Substanz der Erbschaft verloren - sei es, daß Grundstücke und Häuser, die er mit der Erbschaft erworben hatte, durch einen Erdbeben verschüttet worden, sei es, daß Sklaven entflohen oder verstorben sind. Dieser Substanzverlust hat eine Überschuldung bewirkt und in der Folge zur Haftung des minor mit seinem weiteren Vermögen geführt. Julian hat hier eine in integrum restitutio nach dem Edikt De minoribus viginti quinque annis¹³ gewährt mit der Folge quo magis abstineret paterna hereditate¹⁴. Marcellus verneint

¹³ Lenel EP² 116: Quod cum minore quam viginti quinque annis natum gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertum.

¹⁴ D. 4.4.3.2 (Ulp. 11 ed.) hinsichtlich eines suus D. 4.4.7.5 (Ulp. 11 ed.) für einen extraneus.

wie später Ulpian die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn der Schaden nicht auf der Unerfahrenheit des minor beruht. Die als Folge eines Schicksalschlages dem Minderjährigen entstandenen Schäden fallen aus dem Bereich des Minderjährigenschutzes heraus. Gegen unabwendbare Ereignisse ist auch der "diligentissimus pater" nicht gefeit. Daß die von Marcell erwähnten Schäden einen Minderjährigen treffen, ist in diesem Zusammenhang ein Akzidens¹⁵, das ein Eingreifen des Prätors nicht begründet. Der Hinweis auf den diligentissimus pater familias soll das Fehlen eines Kausalzusammenhanges zwischen Minderjährigkeit und Schadenseintritt veranschaulichen.

b) Eben diese teleologisch zwingende Interpretation des Edikts liegt auch der in l. 11 § 4 überlieferten Note zugrunde. Ulpian zitiert hier wahrscheinlich dieselbe Note wie in D. 4.4.11.5

D. 4.4.11.4 (Ulp. 11 ed)

Item non restituetur, qui sobrie rem suam administrans occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato velit restitui: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas. et ita Pomponius libro vicensimo octavo scripsit. unde Marcellus apud Iulianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui: neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem.

Sie ist, wie Pomponius, Marcell und Ulpian belegen, absolut herrschende Meinung gewesen¹⁶. Muß es sich also um einen ge-

15 Auch Julian kann nicht angenommen haben, daß ein Erwachsener die spätere Substanzverminderung vorhergesehen und daher vom Antritt der zu diesem Zeitpunkt noch solventen Erbschaft Abstand genommen hätte. Dies würde geradezu hellseherische Fähigkeiten beim Erwachsenen voraussetzen. Aus diesem Grund kann der Fortgang des § 5: sed haec - fin. nicht von Ulpian herrühren. Er ist vermutlich nachklassischen Ursprungs, Beseler, Beiträge 1, 116; Solazzi, op. cit. 118 Fn. 2; Schulz SZ 43 (1922) 250 Fn. 3; Kunkel, SZ 45 (1925) 304.

16 D. 4.4.7.8 (Ulp. 11 ed.); D. 4.4.18.1 (Ulp. 11 ed.); D. 4.4.17 (Herm. 1 epit.); CJ 2.41.1 Alex. Sev. (a. 232); CJ 2.22.1 Gordian (a. 238).

schäftlichen Nachteil handeln, wie er typischerweise Schutzlose trifft¹⁷, so formuliert Ulpian - wohl gegen Julian - in § 4 durchaus richtig: Nicht schon der Eintritt eines Schadens rechtfertigt die Wiedereinsetzung, sondern nur der gerade durch die Unbedachtsamkeit des Minderjährigen verursachte Schaden. Er belegt diese Aussage mit einer Note Marcell's, welche wahrscheinlich dieselbe ist, die er auch in D. 4.4.11.5 zitiert. Marcell hat die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgeschlossen, wenn ein dringend benötigter Sklave von einem Minderjährigen gekauft wurde, dann aber alsbald verstorben ist. Julian befürwortet in D. 4.4.11.5 eine *in integrum restitutio*, in der Absicht, dem Minderjährigen einen umfassenden Schutz zu gewähren. Damit aber schießt er über die am Schutzzweck des Edikts ausgerichtete Grenze hinaus. Der in der Tradition der klassischen Jurisprudenz¹⁸ begründete Einwand Marcell's hat eine scharfe dogmatisch-teleologische Konkretisierung der ediktalen Generalklausel *uti quaeque res erit, animadvertam*

17 De Medio, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, Bull. 20 (1908) 170 Fn. 2; Solazzi, *La minore età nel diritto romano* (1912) 118; Raggi, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* (1965) 361 u. Fn. 158; Cervenca, *Studi vari sulla restitutio in integrum* (1965) 45 u. Fn. 112, 152 u. Fn. 54. Die gegen die Echtheit der Stellen vorgebrachten Bedenken von Beseler, St. Riccobono I (1936) 306, der in § 4 den Satz *item facultas* sowie von der Begründung Marcell's den letzten Halbsatz *neque enim fin.* streicht, in SZ 56 (1936) 83 auch noch *indulgere* und in SZ 66 (1948) 297 *fatum* generell verdächtigt, in § 5 die Note auf *neque enim adeundo lacupletum hereditatem* (*captum eum esse*) verkürzt, SZ 52 (1932) 56, sind nur zu einem kleinen Teil berechtigt. Nicht zu übersehen ist die übereinstimmende Struktur der mit *neque enim* beginnenden Begründungssätze in beiden Paragraphen. Sie wegzustreichen, wie Beseler, St. Riccobono cit. es will, geht indessen nicht an. Daß die Sätze nicht vollständig unklassisch sind, bezeugt das *capere*, welches im Zusammenhang mit der i.i.r. durchaus technisch gebraucht wurde, Debray, *Contribution a l'étude de la loi Pletoria*, in *Mélanges Girard I* (1912) 272 u. Fn. 3. Das *lubrico aetatis* findet sich schließlich auch in CJ 2.22.1. Dennoch kann die Steigerung vom *servus necessarius* zur *res per necessaria* kaum von Marcell stammen, Lenel SZ 39 (1918) 138. Auf den *diligentissimus pater* in § 5 beruft sich auch Alex. Severus in CJ 2.41.1; dieser Vergleich kann deshalb durchaus klassischen Ursprungs sein. Die allgemeine Form des *neque enim*-Satzes in § 5, an welcher sich Kunkel, *Diligentia*, SZ (1925) 304 stößt, spricht in Anbetracht der Neigung Marcell's zur Formulierung abstrakter Leitsätze nicht gegen die Echtheit.

18 Vgl. schon Pomponius D. 4.4.11.4.

zum Inhalt, die überzeugt und deshalb in der Folgezeit sich unangefochten durchgesetzt hat¹⁹.

2. Nicht durchsetzen konnte sich dagegen die dogmatisch allein konsequente Argumentation Marcells in

Fr. arg. 12 (Ulp. 3 disp.)²⁰

..d quaestionis fuisse ut sponsores an potius ut fideiussores deberent teneri. et Iulianum quidem ut fideiussores conveniendos putasse, Marcellum vero magis sponsores locum optinere apud Iulianum notare. Marcelli sententiam ratione iuvare negari non posse: sufficere enim si in locum eorum succedant, quos accipi neglexerunt vel quos minus idoneos acceperunt.

Ulpian referiert einen Meinungsstreit zwischen Julian und Marcell über die Frage, wie die Munizipalmagistrate²¹ haften, wenn sie es versäumt haben, darauf hinzuwirken, daß die Vormünder Sponsoren bestellten, oder wenn sie es zugelassen haben, daß ungeeignete, d.h. insolvente bestellt worden sind. Julian will sie mit der auf ein SC Trajans zurückgehenden actio subsidiaria²² wie Fideiussoren, Marcell wie Sponsoren haften lassen.

Bedeutung kommt diesen unterschiedlichen Entscheidungen dadurch zu, daß Fideiussoren anders als Sponsoren zeitlich unbegrenzt und grundsätzlich 'in solidum' haften. Die Besserstellung der

19 Siehe oben Fn. 16

20 Seckel-Kübler 501; FIRA II 312; Girard-Senn⁷ 455.

21 Zu diesen Sachers, Art. tutela RE VII A 2 (1948) 1512 ff.; Kühling, Die Klagenkonkurrenz im römischen Bürgschaftsrecht (1962) 21 Fn. 2

22 Subsidiär war die actio subsidiaria insoweit, als sie nur für den Fall si excussis facultatibus tutorum satis ei fieri non potuerit angestellt werden konnte, vgl. fr. arg. 11. Zur actio siehe Lenel Ep³ 321 ff. Levy, Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht (1915) 41 ff.; derselbe, Konkurrenz I (1918) 304 ff.; Albertario, Dell' actio subsidiaria, in Studi in diritto romano I (1933) 499 ff.; Sachers, oben Fn. 21 S. 1581 ff.; Voci, La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini, JURA 21 (1970) 71 ff.; Valiño, Actiones utiles (1974) 371 ff.

Sponsoren beruht auf der *lex Furia*²³, die die Sponsorenhaftung auf zwei Jahre beschränkt und mehrere Sponsoren von vornherein nur auf die Kopfquote haften läßt.

Der konkrete Zusammenhang, in dem diese Frage Bedeutung erlangte, ist unklar. Denkbar wäre, daß in fr. arg. 12 dieselbe Problematik angeschnitten wurde, wie in fr. 11. Dort ging es um die Möglichkeit der passiven Vererblichkeit der *actio subsidiaria*. Julian hat sie offenbar wegen ihrer Strafnatur²⁴ verneint, Antoninus Pius ließ sie in einem Reskript schließlich *causa cognita* erstmals zu. Wäre wie in fr. 11 auch in fr. 12 die Erbenhaftung das Thema²⁵, müßte man Julian eine ihm kaum zuzutrauende Inkonsistenz bescheinigen, ist es doch eben die vererbliche²⁶ *fideiussio*, welche Julian in fr. 12 der unvererblichen *sponsio*²⁷ vorzieht, obwohl er zuvor (in fr. 11) gerade die Unvererblichkeit der *actio subsidiaria* betont hat. Schließlich zeigt aber auch fr. 11 i. f., daß die Erörterung der passiven Vererblichkeit der *actio subsidiaria* dort ihren Abschluß gefunden hat, denn der Schlußsatz *et magistratus - fin.* befaßt sich auch wieder mit der Haftung der Beamten selbst und bildet somit den Übergang zur Prüfung des Umfangs der Haftung in fr. 12.

Julian, aber auch Celsus²⁸, der sich jedoch offensichtlich noch auf dem durch das SC geschaffenen Neuland bewegte²⁹, befürworteten eine Haftung der Magistrate in *solidum*. Dabei verfolgte die *actio subsidiaria* als Regreßklage keinen anderen Zweck, als die Magistrate an die Stelle der von ihnen pflichtwidrig nicht bestellten, oder zwar bestellten, aber ungeeigneten Sponsoren³⁰

23 Gai. 3,121; Levy, Konkurrenz I 306 ff.; zuletzt Voci, JURA 21 (1970) 137 ff.

24 Wie sich aus dem Vergleich mit dem *iudex qui litem suam facit* (vgl. Levy, Privatstrafe 44 u. Fn.3) unschwer ermitteln läßt.

25 So Lenel, Sitzungsbericht der Berl. Akad. (1903) 932 ff.; ders. SZ 24 (1903) 418; Rotondi, La responsabilità dell'heres tutoris, Bull. 25 (1912) 54 Fn. 4.

26 Gai. 3,120 .

27 Gai. 3,120 .

28 D. 27.8.7 (Cels. 11 dig.). Zu dieser Stelle Voci 138; Levy, Konkurrenz I, 304.

29 Man beachte das vorsichtige Vortasten des Celsus, der im Ergebnis eine in *solidum*-Haftung der Magistrate annimmt, aber im Anschluß an eine *epistula Hadriani* (Gai. 3,121) das *beneficium divisionis*, freilich nicht bei *dolus*, gewährt.

30 Gai. 4,89; Sachers 1580; Rotondi, Appunti sulla stipulatio rem pupilli salvam fore, in Scritti II (1922) 268 ff., 270; ausführlich Kühling, op. cit. 20 ff., der darlegt, daß die vom Magistrat erzwingbare Bürgenstellung nur in Form der *sponsio*, nicht durch *fideiussio* erfolgen konnte.

zu setzen. Ulpian kann der Marcellischen Argumentation denn auch die Logik nicht absprechen: Marcelli sententiam ratione iuvari non posse. Wenn die Munizipalmagistrate nur für die Sicherstellung des Mündels durch Sponsoren zu sorgen haben, haften sie im Falle dieser Pflichtversäumnis auch nur wie sponsores. Durch die Pflichtverletzung der Beamten darf dem impubes zwar kein Schaden entstehen, es ist aber auch nicht ersichtlich, warum der Unmündige daraus soll Vorteile ziehen können, daß die Beamten pflichtwidrig gehandelt haben. Der Unmündige kann nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er bei pflichtgemäßer Amtsführung gestanden hätte. Julian aber läßt dem Unmündigen darüber hinaus weitere Begünstigungen zufließen, wenn er sich für eine Haftung der Munizipalmagistrate ut fideiussores ausspricht. Die Beamten haften in diesem Falle - anders als ut sponsores - zeitlich unbegrenzt und, abgesehen von dem nur in besonders gelagerten Fällen anwendbaren beneficium divisionis³¹, in solidum.

Für diese Besserstellung besteht aber streng genommen kein Anlaß. Zur Rechtfertigung der passiven Vererblichkeit der actio subsidiaria hat Antonius Pius³² wahrscheinlich den Gesichtspunkt loco fideiussoris herangezogen. Offensichtlich war auch Julian - im Bestreben nach Gewährleistung eines möglichst umfangreichen Schutzes des Unmündigen - dieser Gesichtspunkt bei der Regelung der Haftung mehrerer Magistrate bestimmend³³.

Wie Ulpian sich zur dargelegten quaestio gestellt hat, wissen wir nicht. Die Ausführungen in fr. 12 brechen offensichtlich vor der eigenen Stellungnahme Ulpians ab. Soweit unsere Überlieferung reicht, scheint er Marcell zuzustimmen. Weder aus D. 27.8.6 (Ulp. 1 ed.), ein Fragment, welches in seinem Inhalt dem Fr. arg. 11 entspricht und demnach lediglich den Fall der passiven Vererblichkeit der actio subsidiaria zum Gegenstand seiner Er-

31 Zu dessen Voraussetzungen und Wirkung siehe Kaser, RP II² § 234 III = 233 Fn. 14.

32 Fr. arg. 11.

33 Levy, Konkurrenz I, 306.

örterung hat, noch aus einem Zeugnis des Ulpianschülers Modestin in D. 27.8.8 (6 resp.) läßt sich auf einen gegenteiligen Standpunkt Ulpians schließen³⁴. Dagegen haben Paul und Modestin³⁵, ebenso wie Gordian³⁶ eine Haftung der Magistrate ut fideiussores angenommen.

3. Der gleichen Tendenz zur Ausdehnung des Unmündigenschutzes durch Julian tritt Marcell in D. 42.4.3 pr. (Ulp. 59 ed.) mit Erfolg entgegen:

D. 42.4.3 pr. (Ulp. 59 ed.) = Pal. Jul. 630

Apud Iulianum quaeritur, si communem rem cum Titio pater pupilli habuerit et communi dividundo iudicio pupillus non defendatur nihilque erit, cuius nomine propter personam patris condemnatio fieri debeat: utrum venire bona patris oporteat an vero rei servandae causa possideantur. et ait Iulianus, si quidem pater aliquos fructus percepit aut fecerit rem deteriorem, bona eius venire possunt. si vero nihil sit, propter quod patris bona veneant, pupilli possideri. Marcellus autem notat perquam iniquum esse eum, qui nihil cum pupillo contraxit, expectare eius pubertatem. quae sententia habet rationem: ideoque cum contractus ex persona patris descendat, dicendum erit non esse exspectandam pupilli pubertatem.

Ein pater pupilli hat eine res communis mit Titius. Nach dem Tod des Vaters kommt es zum Auseinandersetzungsverfahren. Im Gerichtstermin war der pupillus nicht vertreten oder hat sich nicht verteidigt. Ulpian wirft die Frage auf, ob für den Fall, daß Titius gegen den pater pupilli keine weiteren Ansprüche - etwa eine actio negotiorum wegen Fruchtziehung, oder eine actio legis Aquiliae wegen Beschädigung der res communis - zustanden, Titius also nicht Gläubiger des pater pupilli war, das Edikt

34 A.A. Lenel, SZ 24 (1903) 418; Levy, Konkurrenz I, 308; Voci 138 Fn. 200, die alle Ulpian für Julian Partei nehmen lassen.

35 D. 26.7.45 (Paul 14 quaest.); D. 27.8.8.6 (Mod. 6 resp.).

36 CJ 5.75.3 (a. 238); CJ 5.75.4 (a. 242).

Quod cum pupillo contractum³⁷ Anwendung finde, oder ob es bei dem für alle geltenden Edikt Qui iudicio defensus non fuerit bleibe³⁸.

Julian beantwortet nach dem Referat Ulpians zunächst die in der Frage ausdrücklich ausgeschlossene Alternative, daß Titius noch weitere Ansprüche gegen den pater pupilli hat. In diesem Falle dürfe die bonorum venditio betrieben werden. Gebe es aber keine weiteren Klagen, dann komme allein das Edikt Quod cum pupillo contractum zur Anwendung. Eine bonorum venditio findet dann, solange der filius noch unmündig ist, nicht statt. Nur auf den Fall "si vero nihil sit" bezieht sich die Note Marcellus, worin er darauf hinweist, daß es hier an einer vom Edikt aufgestellten Voraussetzung für dessen Anwendung fehle: Es liege nämlich kein contractum cum pupillo vor. Dem scheint auch Ulpian zugestimmt zu haben.

Die Echtheit des Fragments ist von verschiedener Seite angezweifelt worden. Berger³⁹ hat offengelassen, ob die Phrase "nihilque erit cuius nomine propter personam patris condemnatio fieri debeat" oder die Satzteile "si quidem pater aliquos fructus percepit aut fecerit rem deteriore, bona eius venire possunt. si vero nihil sit, propter quod patris bona veneant", interpoliert seien. Wegen ihrer Unverträglichkeit sei jedenfalls eine der beiden Phrasen nicht echt. Solazzi⁴⁰ hat sich hierbei für die zweite Alternative "si quidem - veneant" ausgesprochen, wofür er in dem "possunt", dem syntaktisch schlechten "percepit aut fecerit"⁴¹, sowie in dem "generel verdächtigen" "si quidem - si vero" auch philologische Anhaltspunkte zu finden glaubte⁴². Lediglich den mit ideoque eingeleiteten, das

37 Lenel EP³ 415: Quod cum pupillo contractum fuerit, si eo nomine non defenderetur, eius rei servandae causa bona eius possideri iubebo.

38 Lenel EP³ 415 ff: Qui absens iudicio defensus non fuerit eius bona possideri iubebo. et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, venire iubebo, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afit.

39 Teilungsklagen 128 ff.; ders., St. Riccobono I (1938) 601.

40 Il concorso dei creditori nel diritto romano I (1937) 52 ff.

41 F² liest fecit.

42 Auch Beseler SZ 45 (1925) 479 ff.; ders., Beitr. 5,77 aufgrund von ideoque, Tumedei, La separazione dei beni creditori (1917)³ 17 ff., insb. 20; Grosso, Il sistema romano dei contratti (1963) 11 verdächtigen das pr.

Ergebnis zusammenfassende Schlußsatz halten De Francisci, Riccobono, Albertario, Siber⁴³ und Yaron⁴⁴ für gestört.

Indessen dürfte es sich hier nicht - abgesehen von dem allgemein gehaltenen und resümierenden Schlußsatz - um wirkliche Interpolationen handeln, sondern um Textstörungen, die auf einer Zusammenziehung beruhen, wie sie erfahrungsgemäß im Zuge der Kompilation bewerkstelligt wurden. Die aufgeworfene Frage ging wohl dahin, ob beim iudicium communi dividundo, an welchem ein Pupill als Erbe des einen condominus beteiligt ist, das Edikt "Quod cum pupillo contractum" anwendbar sei. Der die Frage weiter einengende Satzteil "nihilque - debeat" wäre dann ein von dem Exzerptor Justinians eingeführter späterer Zusatz, der wohl durch die differenzierte Lösung Julians veranlaßt wurde. Möglich ist auch, daß schon Julian bei der Fragestellung die Unterscheidung angestellt hat, ob der Miteigentümer eine zusätzliche Klage anstellen konnte oder nicht. Von einer solchen Differenzierung wäre uns dann lediglich die zweite Alternative erhalten.

Auch das "quae sententia habet rationem" wird man Ulpian nicht absprechend dürfen. Mit fast den gleichen Worten zustimmend äußert er sich auch in D. 19.2.41 (5 ed.); die ratio Marcelli sententiae hat er in D. 37.4.17 (35 Sab.) und - noch beweiskräftiger - in fr. arg. 12 hervor⁴⁵.

Keinesfalls darf man den sachlich klassischen Gehalt des Fragments bezweifeln. Wenn Julian danach differenziert, ob der "alter condominus" gegen den "pater pupilli" weitere die communis res betreffende Klagen hat oder nicht, so war der Miteigentümer im ersten Fall gewöhnlicher Erbschaftsgläubiger und konnte als solcher die bonorum separatio beantragen⁴⁶.

43 Vgl. Ind. itp.

44 Reichsrecht, Volksrecht und Talmud, RIDA³ (1964) 286.

45 Für völlige Echtheit des Fragments, Fehr, Rez. Berger, SZ 33 (1912) 580; ohne Beanstandungen hinsichtlich der Note auch Wunner, Contractus (1964) 86 ff.

46 Solazzi, op. cit. 54; Voci DER I 669 ff.; zur separatio bonorum vgl. auch Bonfante, Corso VI (Nachdruck 1974) 435 ff.; a.A. Tumedei, op. cit. 21, der eine separatio bonorum als Voraussetzung der bonorum venditio patris zu Unrecht verneint; gegen ihn richtig Solazzi 54 Fn. 1.

Dies hatte zur Folge, daß das väterliche Vermögen von dem des Pupillen rechtlich getrennt wurde und allein den Nachlaßgläubigern zur Verfügung stand. Diesen Fall hat Julian offensichtlich im Auge, wenn er sagt, bona eius (sc. patris) venire possunt. Hier findet das Edikt Quod cum pupillo keine Anwendung, weil das Vermögen des Pupillen gar nicht von der Gläubigermaßnahme betroffen ist. Es kann sofort zur bonorum venditio geschritten werden.

Standen dem condominus keine weiteren Klagen aus der communio gegen den pater pupilli zu, dann war im Teilungsverfahren für die Anwendung des Edikts Quod cum pupillo contractum kein Raum, denn eine contrahere cum pupillo lag nicht vor⁴⁷. Wenn Julian dennoch das Edikt zugunsten des Pupillen anwenden will, dann läßt sich dies auch hier wieder nur mit der Absicht Julians erklären, dem Unmündigen einen umfassenden Schutz zukommen zu lassen. Rechtstechnisch wäre dies nur möglich durch eine Subsumption des Sachverhalts unter das ediktale contrahere. Indessen läßt sich der hier in Frage stehende Sachverhalt auch nicht mit Hilfe einer extensiven Interpretation des Wortes contrahere unter das Edikt bringen. Anders als in der von Ulpian in D. 42.4.3.3 (59 ed.) zu beurteilenden Konstellation entstand hier durch das Hineinrücken in die Erbenposition keine neue Verbindlichkeit.

Die Lösung Julians ist daher dogmatisch schlechterdings nicht begründbar. Im Anschluß an Marcell und Ulpian stieß sie denn auch bei Caracalla⁴⁸ und Diokletian⁴⁹ auf Ablehnung. Auch die Kompilatoren haben sie - wie schon die Existenz der l. 3 pr., aber auch der kompilatorische ideoque-Schlußsatz zur Genüge beweisen - nicht aufgenommen.

47 Anders war wohl die Rechtslage in eod. l. 3 § 3. Dort war der als Erbe eingesetzte Pupill mit einem Legat beschwert. Hier ist von Ulpian der Erbschaftsantritt als contrahere verstanden worden; siehe J.G. Wolf, Rez. Wunner, JURA 17 (1966) 285 u. Fn. 51.

48 CJ 5.31.4 (a. 215).

49 CJ 4.16.4 (a. 293); CJ 5.34.8 (a. 294); zum ganzen Yaron 286 ff.

4. Eine Inkonsistenz Julians korrigiert Marcell in

D. 9.2.11.3 (Ulp. 18. ed.) = Pal. Jul. 821

Calsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. quod et Marcello videtur et est probabilius.

Die Position Julians ist überliefert in:

D. 9.2.51 pr. - § 2 (Jul. 86 dig.)

Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictu decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri. 1) Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non apparet, cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt. 2) Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisset hominem intellegatur. quod si quis absurde a nobis haec constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero. cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli

ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem⁵⁰ eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.

Gegenstand der genannten Quellen ist das Problem der überholenden Kausalität⁵¹. Den Fragmenten D. 9.2.11.3 und eod.⁵¹ pr. liegt folgende Fallkonstellation zugrunde: Jemand bringt einem Sklaven eine tödliche Wunde bei. Noch bevor dieser hieran

⁵⁰ Daß das Marcelluszitat in l. 11.3 einer Note Marcells zu Julian l. 51 entnommen ist, hat schon Lenel, Pal. I. 633 Fn. 6 und Pal. I 480/481 gesehen. Wie gezeigt (oben S. 34 ff.) hatte Ulpian bei der Abfassung des Ediktcommentars stets die betreffende Digestenmaterie Julians vor sich. Bei der Komposition des fr. 11 hielt Ulpian sich weitgehend an die bei Julian in D. 9.2.51 behandelten Probleme. So entspricht D. 9.2.11.2 genau D. 9.2.51.1 und D. 9.2.11.3 gleicht D. 9.2.51 pr. Es liegt also die Annahme näher, Ulpian habe das Marcellzitat als Note bei Julian gefunden, als daß er es den Marcellischen Digesten entnommen habe.

⁵¹ Die Literatur zu diesem Thema, insbesondere zu den genannten Texten ist schon fast unübersehbar. Hier sollen nur die wichtigsten Beiträge genannt werden: Vangerow, Lehrbuch der Pandekten III¹ (1876) 585 ff.; Grueber, The Roman law of damage to property (1886) 164 ff.; Pernice, Sachbeschädigungen (1867) 179 ff.; Buckland, The Roman law of slavery (1908) 29 ff.; Beseler, Beiträge III (1913) 8 ff.; und IV (1920) 193 ff.; Ferrini, Postille esegetiche di frammenti del commentario di Ulpiano alle formule edittali ad legem Aquiliam, in Opere II (1929) 97 ff.; Thayer, Lex Aquilia (1929) 113 ff.; Lawson, Negligence in the Civil Law (1955) 50 ff.; Albanese, Studi sulla legge Aquilia, Ann. Pal. 21 (1950) 147 ff.; Beinart, Once more on the origin of the lex Aquilia, in Butterworths SALR 1956, 75; Schindler, Ein Streit zwischen Julian und Celsus, SZ 74 (1957) 201 ff.; Below, Die Haftung für Lucrum cessans im römischen Recht (1964) 9 ff.; Röhle, Zur Frage der sog. verdrängenden Verursachung im römischen Recht; SD 31 (1965) 305 ff.; Leptien, Utilitas causa, Diss. jur. 1968, 197 ff.; Ankum, Utilitas causa receptum, Symbolae David I (1968) 22 ff.; Schipani, Responsabilità ex lege Aquilia (1969) 229; Pugsley, Causation and Confessions in the lex Aquilia TR 38 (1970) 163 ff.; Cerami, Potentior est quam vox mens dicentis, JURA 22 (1971) 134 ff.; v. Lübtow, Lex Aquilia (1971) 59 ff.; Dalla, Giuliano e il longum intervallum in tema all' applicazione dell' Aquilia, AG 187 (1974) 145 ff.; Mac Cormack, Aquilian studies SD 41 (1975) 26 ff., dort auch die angelsächsische Literatur; Casavola, Cultura e scienze giuridica nel II. secolo d. C., ANRW II, 15 (1976) 154 ff.; Hausmaninger, Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia (1976) 18 ff.

stirbt, wird er von einem anderen getötet. Während Julian in fr. 51 pr. beide Schädiger de occiso nach dem 1. Kapitel der lex Aquilia⁵² haften läßt, halten Celsus, Marcellus und Ulpian in fr. 11.3 den ersten de vulnerato nach dem 3. Kapitel und lediglich den zweiten de occiso nach dem 1. Kapitel der lex Aquilia für verpflichtet. Erschwert wird das Verständnis der beiden genannten Texte aber zusätzlich noch durch

D. 9.2.15.1 (Ulp. 18 ed.)

Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato perit, quasi de occiso agi posse Iulianus ait. haec ita tam varie, quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit: at in superiore non est passa ruina apparere, an sit occisus. sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse iusseris, deinde decesserit, heredem eius agere Aquilia non posse.

Im Falle, daß der tödlich verwundete Sklave schließlich durch Hauseinsturz, Schiffsunglück vel alio ictu zu Tode kommt, befürwortet auch Julian eine Haftung des Erstschädigers de vulnerato.

Die Erklärung der Byzantiner⁵³, der Glosse⁵⁴ und ähnlich auch die Interpretation Ferrinis⁵⁵ ging dahin, daß in D. 9.2.11.3 die tödliche Wirkung der Wunde nicht mit Sicherheit feststellbar, in fr. 51 pr. sie hingegen gewiß sei. Nach Vangerow⁵⁶ soll in fr. 11.3 und 15.1 der zweite Schlag selbständig den Tod des Sklaven herbeigeführt haben, während in l. 51 pr. der zweite Schlag nur deshalb zum Tode geführt habe, weil das Opfer durch den ersten bereits tödlich geschwächt gewesen sei.

Der Wortlaut aller drei Fragmente: mortifero vulnere percusserit (D. 9.2.11.3), ita vulneratus.... ut eo ictu certum esset moriturum (l. 51 pr.) und vulneratus mortifere (l. 15.1)

52 Zum Aufbau der lex Aquilia vgl. v. Lübtow, Lex Aquilia 19 ff.

53 Schol. *ἐπὶ μέρει* zu Bas. 60.3.15 (Hb. 5,278); Schol. *τοῦτο ἐστὶν* zu Bas. 60.3.51 (Hb. 5,319).

54 Glossa teneri ad. h.1.

55 Ferrini, op. cit. 97 ff.; 102 ff.

56 Vangerow, op. cit. 585 ff.

dürfte jedoch zur Genüge beweisen, daß in allen drei Fällen der erste Schlag den Tod herbeigeführt hätte. Dagegen wird in allen drei Fragmenten offengelassen, ob der zweite Schlag auch ohne die vorausgegangene tödliche Verwundung des Getroffenen den Tod verursacht hätte⁵⁷. Für die Lösung kommt es hierauf offensichtlich nicht an: Der zweite Schlag hat den Tod herbeigeführt.

Auch die neuere Literatur hat versucht, die vermeintlichen Ungereimtheiten der drei Fragmente im Sinne einer einheitlichen Lösung zu beseitigen. Pugsley⁵⁸ und v. Lübtow⁵⁹ verdächtigten die Lösung Julians in fr. 51 pr. und korrigierten durch Streichung des "statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri; den Text im Sinne des in l. 15.1 zum Ausdruck kommenden Ergebnisses. Die Haftung beider Schädiger de occiso sei logisch unhaltbar und Julian schwerlich zuzutragen⁶⁰.

Eine im Vordringen befindliche Meinung konstatiert einen Meinungsstreit zwischen Julian (fr. 51 pr.) einerseits und Celsus, Marcellus und Ulpian (fr. 11.3) andererseits⁶¹. Daß wir dem in den Quellen bezeugten Klassikerstreit vertrauen dürfen, hat gerade in textkritischer Hinsicht eindrucksvoll Schindler⁶² aufgezeigt. Seine Erkenntnisse hat zuletzt in einer ausführlichen Untersuchung Dalla⁶³ bestätigt.

Der Grund für die überraschende Entscheidung Julians, wonach sowohl der erste als auch der zweite Schädiger de occiso haften,

57 In l. 15.1 wird vom zweiten Schlag gesagt, er bewirkte, daß der Sklave maturius perierit; ebenso l. 51 pr.: ut maturius interficeretur quam ex priore vulnere moriturus fuerat; in fr. 11.3 heißt es schlicht: alius postea exanimaverit; wie hier Pernice 51; 179 ff.; Lawson 52; Mac Cormack 26 geht sogar davon aus "that it (sc. der zweite Schlag) is relatively slight".

58 Oben Fn. 51 S. 167 ff.

59 Oben Fn. 51 S. 59 ff. Seine Kritik am statuendum est - teneri ist unberechtigt; zu statuere im Juristenrecht, Bretone, Interpretatio e constitutio in D. 1.3.11, in JURA 24 (1973) 209 ff.; Dalla 159 Fn. 29.

60 Im Ergebnis ebenso Beseler, Beiträge IV (1920) 193; Rechnitz, Studien zu Salvius Julianus (1925) 77.

61 Lawson 50 ff.; Albanese 147 ff.; Schindler 201 ff.; Rühle 305 ff.; Schipani 229; Cerami 134 ff.; Mac Cormack 26 ff.; Hausmaninger 18 ff.; Dalla 159 ff. - Allerdings bestehen in der Interpretation der Quellen auch hier untereinander erhebliche Differenzen; dazu sogleich im Text.

62 A.a.O. 208 ff.

63 Oben Fn. 51, S. 159 ff.

wird überwiegend in der stärkeren Betonung der schädigenden Handlung gesehen⁶⁴, während Celsus, Marcellus und Ulpian allein den eingetretenen Erfolg betont hätten. Indessen vermag diese Erklärung nicht zu befriedigen. Es bedarf vielmehr einer Überprüfung der von Julian in den §§ 1 und 2 versuchten Rechtfertigung: Nicht Überzeugend ist die Anknüpfung in § 1 an den bereits von den veteres entschiedenen Fall, daß mehrere Schädiger gleichzeitig handeln und derjenige, der den tödlichen Schlag beigebracht hat, sich unter diesen nicht mehr genau ermitteln läßt. Das zeitliche Nacheinander und räumlich getrennte Handeln in D. 9.2.51 pr ist dem gemeinsamen Agieren nicht vergleichbar⁶⁵, denn im ersten Falle steht fest, wer den Tod wirklich verursacht hat, im zweiten haften die Täter alle, weil nicht mehr festgestellt werden kann, wer von ihnen den tödlichen Schlag geführt hat. Die Schwäche des Arguments rechtfertigt aber nicht Zweifel an der Echtheit des Textes. Die auctoritas veterum sowie das wohl l. 51.1 entnommene Julianzitat in D. 9.2.11.2 (Ulp. 18 ed.) belegen hinreichend die Authentizität des § 1⁶⁶.

Im § 2 folgt eine Berechnung der Höhe des Ersatzanspruches. Der erste Schädiger haftet für den Höchstwert des Sklaven im letzten Jahr, vom Tage der Verwundung an gerechnet⁶⁷, während die Jahresfrist hinsichtlich des Zweitschädigers vom Todeszeitpunkt an zurückgerechnet wird, mit der Folge, daß auch eine zwischen den beiden Verwundungen stattgefundene Erbeinsetzung des Sklaven dem letzten Täter in Rechnung zu stellen ist⁶⁸.

64 Schindler 208 ff.; Lawson 640; Röhle 306; Hausmaninger 18 ff.

65 Daher wird § 1 auch verdächtigt von Beseler, Beiträge IV 193 ff.; ders., Romanistische Studien, TR 10 (1930) 182; Watson, The Law of Obligations in the Later Roman Republic (1965) 245 Fn. 5.

66 Statt aller Dalla 161 ff. m.w.N.

67 So auch Ulp.-Jul. D. 9.2.21.2 (18 ed.) gegen Celsus.

68 Auch § 2 war Gegenstand zahlreicher Interpolationsvermutungen, Nachweise bei Dalla 162 u. Fn. 42. Die h.M. geht aber zurecht von seiner Echtheit aus, vgl. Albanese 155 Fn.1, 161 ff.; Schindler 225 ff.; Leptien 199; Ankum 22 ff.; Cerami 134 ff.; Mörr, Rechtskritik in der Antike (1974) 61 Fn. 28; Cassavola, a.a.O. 154 ff.; Wieacker, Offene Wertungen bei den römischen Juristen, SZ 94 (1977) 30 und Fn. 107.

Im zweiten Teil des § 2 versucht Julian erneut eine Rechtfertigung seiner im Principium getroffenen Entscheidung und der daraus von ihm abgeleiteten Konsequenzen für die Bestimmung des Schadensumfanges. Mit einem argumentum ad absurdum versucht er künftigen Einwendungen entgegenzutreten: Im Wege einer allein durch die ratio bestimmten Interpretation könnte man zu dem Ergebnis gelangen, daß der erste Schädiger nicht de occiso hafte, weil der Tod vom zweiten Täter herbeigeführt wurde, aber auch der zweite Täter nicht belangt werden könne, da er einen Menschen getötet habe, der bereits tot war. Absurd sei aber auch die Haftung nur eines Täters de occiso. Mit dieser Argumentation will Julian wohl in erster Linie Celsus treffen⁶⁹. Dieser wendet sich gegen eine Haftung des Erstschädigers nach dem 1. Kapitel und befürwortet lediglich eine solche des zweiten Täters⁷⁰. Der ratio disputandi setzt Julian die communis utilitas entgegen⁷¹. Die juristische Logik, bei Celsus und Marcellus streng beachtet, wird von Julian mit Utilitätsüberlegungen überspielt, nachdem er Celsus' Lösung zu Unrecht mit dem in der Tat absurden neutrum teneri in Verbindung gebracht hat. Das Motiv für die Anwendung der utilitas communis hat Dalla⁷² richtig gesehen: das Bestreben, dem Schädiger in den

69 Albanese folgert aus D. 9.2.21.1, daß Celsus auch ein tödliches Verletzen noch nicht als Töten angesehen habe; entgegen fr. 11.3 sei für ihn auch eine Bestrafung de vulnerato nicht in Betracht gekommen, da in der kurzen Zeit zwischen Verwundung und Tod eine deminutio pretii nicht festzustellen gewesen sei. Hierauf spiele die Polemik Julians in l. 52.2 (longe absurdus ... neutrum teneri) an. Daß jedoch bereits der Ausgangspunkt Albaneses falsch ist, hat Schindler gezeigt (217 ff.); gegen Albanese auch Pugsley 163 ff., Below 15 und zuletzt Dalla 153 ff. Durch die erste Verletzung ist ein Anspruch auf den vollen Sachwert gegen den Schädiger entstanden, da ein verwundeter Sklave objektiv weniger wert ist als ein gesunder. Das syllogistische longe absurdus neutrum teneri aut alterum potius gibt für die Bestimmung einer anderen Position des Celsus als wir sie aus fr. 11.3 kennen, nichts her.

70 Zu eng Dalla 165; richtig schon Cuiaz, In lib.XC dig. Salv. Jul. ad h.1; Röhle 306 Fn. 6; Mac Cormack 29.

71 Unbestreitbar echt, vgl. D. 1.3.15 (Jul.27 dig.) und eod. l. 20 (Jul. 55 dig.), Nachweise bei Wieacker a.a.O. Fn. 106, dazu noch Dalla 166 fr.

72 Dalla 167 ff.

Fällen, in denen ein längerer Zeitraum (D. 9.2.21.1 post longum intervallum) zwischen dem todbringenden Schlag und dem Todeseintritt liegt, einen umfassenden Ersatzanspruch zukommen zu lassen⁷³. Dies veranschaulicht ein kleines Beispiel⁷⁴: Hat ein Sklave in der ersten Hälfte des letzten Jahres einen hohen Wert und in der zweiten Hälfte einen geringeren, dann wird der Kläger vom ersten Schädiger recht wenig de vulnerato (30 Tage Zeitraum) ersetzt bekommen; liegt dann auch noch zwischen dem ersten und dem zweiten Schlag ein längerer Zeitraum, dann haftet auch der Zweitschädiger, wenngleich de occiso, dennoch in einem relativ beschränkten Umfange⁷⁵. Dieses Ergebnis, das eine konsequente Anwendung der lex Aquilia dadurch hervorbringt, daß deliktisches Handeln verschiedenen Normen unterstellt wird, korrigiert Julian durch eine singuläre Opportunitätsentscheidung, indem er für die Anwendung derselben Norm (de occiso) für beide Schädiger plädiert. Die hier zu Tage tretende Inkonsistenz Julians macht auch D.9.2.15.1 am Anfang deutlich⁷⁶: Wird der mortifere vulneratus durch Hauseinsturz, Schiffsunglück oder ein anderes unabwendbares Ereignis⁷⁷ getötet, dann haftet der Schädiger auch nach Julian nur de vulnerato. Hier also geht Julian konform mit der traditionellen Auffassung, wie sie von Celsus und später auch von Marcell und Ulpian vertreten wurde. Dieser Meinung liegt die Überlegung zugrunde, daß das mortifere des

73 Vgl. auch die zum Teil im System der lex Aquilia angelegte Begünstigung des Schädigers in Gai. 3,214; I. 4.3.9; I. 4.6.19.

74 Dalla 167.

75 Von den zwischen den beiden Verletzungshandlungen stattgehabten Erbeinsetzung als einem Sonderfall (l. 51 pr.) einmal abgesehen.

76 Zum Fortgang, der für unsere Zwecke nicht von Belang ist, siehe zuletzt ausführlich Dalla 170 ff.

77 Das vel alio ictu ist wohl in diesem engen Sinne gemeint und steht als Kürzel für alle sonstigen unabwendbaren Ereignisse. Es ist uns in dieser Bedeutung auch belegt, vgl. Dalla 173 Fn. 79; ebenso schon Ferrini 102. Für Interpolation hingegen, Beinart (oben Fn. 51) 75 und Fn. 52; Albanese 167; v. Lübtow 59; Mac Cormack 28. Nach Schindler 222 ff. stammt der Satz si servus - de vulnerato von Celsus und ist nur fälschlicherweise Julian zugeschrieben worden. Für eine solche Vermutung gibt es aber keine Anhaltspunkte.

ersten Schlages - damals in noch stärkerem Maße als heute - nur sehr schwer, meist sogar unmöglich im Prozeß zu beweisen war⁷⁸. Daher war es durchaus sinnvoll, in Fällen der Überholenden Kausalität allein den unmittelbaren Erfolg der Handlung zu betonen, mit der Konsequenz, daß, wenn feststand, daß das zweite schädigende Ereignis zum Tode geführt hatte, der Erstschädiger - auch wenn die tödliche Wirkung seines Hiebes ausnahmsweise gewiß war - stets nur nach dem 3. Kapitel de vulnerato, der Zweitschädiger hingegen nach dem 1. Kapitel de occiso haftete. Wenn Julian in fr. 15.1. den ersten Täter nur de vulnerato haften läßt, dann setzt er sich in Widerspruch zu 1. 51 pr.⁷⁹. Wie dort die Intervention des Zweitschädigers, so ist es in fr. 15.1 das unabwendbare Ereignis, das den - auch ohne zusätzliches Geschehen eintretenden - Tod des Sklaven herbeiführte.

Festzuhalten bleibt, daß Julian für den Sonderfall in D. 9.2. 51 pr. aus Billigkeitsgründen den festen Boden der traditionellen Jurisprudenz, auf welchem Celsus und nach ihm Marcell und Ulpian sich bewegen, verläßt und eine singuläre Opportunitätsentscheidung trifft, die zumindest in klassischer Zeit kein Gefolge fand⁸⁰.

5. Das Festhalten an der traditionellen Dogmatik kennzeichnet die Marcellische Kritik auch in FV 75.3 = D. 7.2.1.2 (Ulp. 17 Sab.); zum Verständnis von FV 75.3 ist eine Betrachtung des gesamten Fragments 75 unerlässlich.

FV 75

D. 7.2.1.2 (Ulp. 17 Sab.)

1. Quotiens usus fructus legatus est, est inter fructuarios ius ad crescenti, sed ita, si

78 Pernice 178 ff.; Schindler 218.

79 Dies bestreitet zu Unrecht Dalla 174. Seine Begründung rechtfertigt in der Tat die Entscheidung in D. 9.2.15.1, aber sie schließt auch eine Inpflichtnahme des ersten Täters de occiso in D. 9.2.51 pr. aus.

80 Zur unseres Erachtens nicht mehr sicher auszumachenden Haltung der Byzantiner vgl. den Meinungsstand bei Dalla 174 ff.

coniunctim sit usus fructus relictus nec nisi in do lego legato. Ceterum si separatim unicuique partis rei usus fructus sit relictus, sine dubio ius adcrendi cessat. (= D. 7.2.1 pr.)

2. Denique apud Iulianum lib. XXXV digestorum quaeritur, si communi servo usus fructus sit relictus et utrique ex dominis adquisitus sit, an altero repudiante vel amittende usum fructum alter totum habeat. Et Iulianus quidem putat ad alterum pertinere et licet dominus usus fructus non aequibus partibus, sed pro dominicis adquiratur, tamen persona ipsius, non dominorum inspecta ad alterum ex dominis pertinere non proprietati accedere ... (= D. 7.2.1.1)

3. Idem ait et si communi servo et separatim Titio usus fructus legatus sit, amissam partem usus fructus non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere quasi solum coniunctum. Quam sententiam neque Marcellus neque Mauricianus probant; Papinianus quoque libro XVII quaestionum ab ea recedit. Quae sententia Neratii fuerit, est libro I responsorum relatum. Sed puto esse veram Iuliani sententiam; nam quamdiu vel unus utitur, potest dici usum fructum in suo esse statu.

Idem ait et si communi servo et separatim Titio usus fructus legatus sit, amissum ab altero ex sociis usum fructum non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere quasi solum coniunctum: quae sententia vera est:

nam quamdiu vel unus utitur, potest dici usum fructum in suo statu esse idem est si duobus coniunctim et alteri separatim usus fructus esset relictus.

4. Pomponius ait libro VII ex Plautio, relata Iuliani sententia, quosdam esse in diversam opinionem; nec enim magis socio debere adcrendi, quam deberet ei, qui fundi habens usum fructum partem usus fructus proprietario cessit vel non utendo amisit.

5. Ego autem Iuliani sententiam non ratione adcrendi probandam puto, sed eo, quod quamdiu servus est, cuius persona in legato spectatur, non debet perire portio. Urgetur tamen Iuliani sententia argumentis Pomponii: quamquam Sabinus responderit, ut et Celsus libro XVIII

digestorum refert, eum, qui partem usus fructus in iure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere. Quam sententiam ipse ut stolidam reprehendit; etenim esse incogitabile eandem esse causam cuique et amittendi et recipiendi.

Die kompulatorischen Eingriffe in den Ulpianstext (D.7.2.1 pr bis § 2) enthüllen die Doppelüberlieferung derselben Quelle in FV 75⁸¹. Ein Nießbrauchvindikationslegat wird einem servus communis und separatim dem Titius ausgesetzt. Verliert später einer der Miteigentümer des gemeinsamen Sklaven einen Teil des Nießbrauchs, so stellt sich die Frage, was mit der pars amissa geschieht. Nach Julian, Ulpian und den Kompilatoren gehört sie "ad solum socium quasi solum coniunctum." Daß diese Auffassung in klassischer Zeit heftig bekämpft wurde, bezeugt die Liste der in FV 75.3 -5 von Ulpian genannten, in die Digesten Justinians aber nicht aufgenommenen Antagonisten. Als Gegner Julians werden an erster Stelle die beiden Adnotare Marcellus und Maurician⁸², daneben aber auch Celsus, Pomponius und Papinian aufgeführt.

Die Exegese von FV 75.3 = D. 7.2.1.2 hat der Literatur⁸³ beträchtliche Schwierigkeiten bereitet.

-
- 81 Zu den in Folge der verschiedenen Apographa auftretenden Problemen des gesamten FV 75 vgl. Albanese, *La Divisibilità dell' usufrutto romano con particolare riguardo a fr. Vat. 75*, in *Ann. Pal.* 34 (1973) 21 ff. und *Fnn.* 26-32; Bretonne, *La nozione romano di usufrutto* (1962) 86 ff. u. *Fn.* 5.
- 82 Das Nebeneinander von Marcellus und Maurician läßt uns die Herkunft des Marcelluszitats aus einer Note zu Julian vermuten; zu Maurician als Notenverfasser vgl. oben S. 28.
- 83 Kübler, *Atquin*, SZ 42 (1921) 520 ff.; Beseler, *Beiträge IV* (1920) 170; SZ 43 (1922) 538; SZ 46 (1926) 270; SZ 50 (1930) 73; Buckland, *Slavery* 153 ff.; Sciascia, *Bull* 49/50 (1947) 451; Vaccaro Delogu, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* (1941) 101 ff.; Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien*, II *Histoire de l'école de droit de Beyrouth* (1925) 270 u. *Fn.* 1; ders. III *La genèse du digeste, du code et des institutes de Justinien* (1952) 164 ff.; Wolff, *Zur Überlieferungsgeschichte von Ulpians libri ad Sab.*, in *FS Schulz II* (1951) 147 ff.; Bretonne, *Servus communis* (1958) 46 ff.; ders. *Nozione* 86 ff.; Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*² (1958) 351 ff.; Wieacker, *FV 75 und 76. Über Ulpians Sabinuskommentar in nachklassischer Zeit*, *St. Arangio-Ruiz IV* (1953) 246, 254 ff.; ders. *Textstufen klassischer Juristen* (1959) 290 ff.; Schindler, *Justinians Haltung*

In FV 75.1 = D. 7.2.1 pr. stellt Ulpian zunächst den Grundsatz klar, daß bei einem coniunctim Teilnießbrauchvindikationslegat⁸⁴ an mehrere freie Personen im Falle der repudiatio oder des non usus eines Nießbrauchers seine pars dem anderen Legatar anwachse, bei einem separatim Teilnießbrauchsvindikationsvermächtnis hingegen ein Anwachsungsrecht in Betracht komme, d.h. der Nießbrauch durch Konsolidation mit der nuda proprietas erlösche⁸⁵. Diese Differenzierung entsprang der Erwägung, daß beim coniunctim-Legat die Anwachsung und nicht die Konsolidation des Nießbrauchs mit dem Eigentum des Erben oder Eigentümers den typischen Absichten des Erblassers entspricht.

In FV 75.2 führt Ulpian aus Julians Digesten den Fall an, daß bei einem Nießbrauchsvindikationslegat an einen gemeinsamen Sklaven einer der Miteigentümer das Legat ausschlägt⁸⁶ oder den Nießbrauch auf eine andere Art und Weise (z.B. non usus) verliert. Nach Julian stehe der Nießbrauch dem anderen socius allein zu, konsolidiere also nicht mit der nuda proprietas. Für den Fortbestand des Nießbrauchs komme es nämlich allein auf die Person des Sklaven an und daran ändere auch nichts die Tatsache, daß das Nießbrauchslegat den condomini pro partibus dominicis erworben werde. Die Wortwahl Julians: "alter totum habeat; ad alterum pertinere," ist auffallend neutral und untechnisch. Der für das Anwachsungsrecht gebräuchliche terminus technicus adscendere wird nicht verwandt. Daraus muß man schließen, daß Julian die Lösung nicht auf das Anwachsungs-

zur Klassik (1966) 253 u. Fn. 174; Albanese (oben Fn. 81) S. 21 ff.

- 84 Ein coniunctim Vindikationslegat lautete etwa: Titio et Seio hominem Stichum do lego; disiunctim (separatim): L. Titio hominem Stichum do lego. Seio eundem hominem do lego; vgl. Gai. 2,199; UE 24,12.
- 85 Wolffs Verdächtigung des coniunctim-separatim (147 ff.), noch weitergehend Beseler, SZ 53 (1933) 11, haben Wieacker, St. Arangio Ruiz cit. 246 ff. und zuletzt Albanese 29 ff. u. Fn. 36 mit Recht zurückgewiesen. Entgegen Wieacker 245, 246, Textstufen 290 ff. widerspricht Ulpians Lösung in FV 75.1 nicht Gai. 2,199 oder FV 77, UE 24,12; denn FV 75.1 einerseits und Gai 2,199, FV 77 und UE 24,12 auf der anderen Seite unterscheiden sich im Sachverhalt entscheidend: Bei einem Vindikationsvermächtnis über eadem res - gleichgültig ob coniunctim oder separatim - kommt stets das Anwachsungsrecht zum Zuge (typische Absicht des Erblassers). Genau dies besagen Gai. 2,199; FV 77; UE 24,12. Lediglich bei Vindikationslegaten von partes ein- und derselben Sache kommt es auf die Unterscheidung coniunctim-separatim an, FV 75.1; richtig Albanese 30 ff.; zum Problem vgl. auch Vaccaro Delogu op. cit. 97 ff.; Bretones Versuch einer Aufgliederung des Begriffs coniunctio durch die Juristen in "coniunctio in senso sostanziale" (Julian FV 75.3 und FV 77, dort auch Celsus) und "coniunctio formale" (Gai. 2,199) findet in den genannten Quellen keine Grundlage; richtig wiederum Albanese 31 ff.
- 86 Zu repudiare siehe Voci DER II 374.

recht, sondern auf das Sklavenrecht stützte, indem er stärker auf die Person des Sklaven abhob⁸⁷.

Zu einer anderen Entscheidung gelangt der Prokulianer Celsus unter Rückgriff auf Prokulus und Celsus pater:

D. 31.20 (Cels. 10 dig.)

Et Proculo placebat et a patre sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adlescere: non enim coniunctim, sed partes legatas: nam ambo si vindicarent, eam quemcumque legati partem habiturum, quam in servo haberet.

Celsus pater und filius sowie Prokulus sehen in diesem Fall ein Problem des ius adlescendi. Ihre Auffassung, wonach ein Legat an einen servus communis als "non enim coniunctim, sed partes legatas" zu betrachten sei, führt unter Anwendung der coniunctio-Regel zur Verneinung des Anwachsungsrechts⁸⁸.

In FV 75.3 ist Gegenstand der Erörterungen der Fall eines Nießbrauchsvindikationslegats zugunsten eines gemeinsamen Sklaven und separatim des Titius. Hier soll nach Julian die "pars ab altero socio amissa" nicht dem Titius, sondern dem Miteigentümer allein "quasi solum coniunctum" zukommen.

Auf den engen Zusammenhang zwischen FV 75.2 und 3 hat noch einmal mit Nachdruck Albanese⁸⁹ hingewiesen. In der Tat liegen

87 So schon richtig Buckland, Slavery 153; zum ganzen ausführlich Albanese 34 ff.; zur Betonung der Person des Sklaven vgl. auch D. 31.82.2 (Paul. - Jul. 12 quaest.) oben 94 ff. und D. 43.3.1.4 (Jul. 52 dig.), Boulard 147. A.A. Wieacker, Textstufen 290 ff., der von einer analogen Anwendung des ius adlescendi durch Julian ausgeht. Ein Anwachsungsproblem sieht auch zu schematisch Bretone, Servus communis 46 ff., der das tamen persona ipsius non dominorum inspecta als Glossem streicht, aufgrund der julianischen Konstruktion des servus communis quasi duo servi in FV 75.2. Daß sich dieses - schon als solches fragwürdige - Argument (vgl. oben S. 42 Fn. 7) aber auch gegen die Anwendung des ius adlescendi kehren läßt, hat Albanese 39 ff. gezeigt.

88 Bretone, Servus Communis 22 ff.

89 Albanese 42 ff.: vgl. das idem ait et si als Anschluß des § 3 an § 2.

der Entscheidung Julians in FV 75.3 dieselben Überlegungen zugrunde wie in FV 75.2. Bei einem Nießbrauchsvindikationsvermächtnis ein und derselben Sache an mehrere Personen würde die grundsätzlich auch von Julian (FV 77, Gai. 2.199) anerkannte Anwachsungsregel eine völlige Ausschaltung des Titius nicht rechtfertigen. Von einer unmittelbaren⁹⁰ oder bloß analogen (untechnischen)⁹¹ Anwendung der Akkreszenzregel durch Julian kann deshalb nicht die Rede sein⁹². Die Favorisierung des alter socius beruht in Wirklichkeit auf der stärkeren Betonung der Person des Sklaven durch Julian. Allein Ulpian hat diesen Gedanken in FV 75.5 aufgenommen. Das "Iuliani sententiam non ratione adcrendi probandam puto" bedeutet nicht, daß Julian selbst das ius adcrendi herangezogen hat, sondern wendet sich gegen die Polemik der Kritiker Julians, die seine Entscheidung hieran gemessen haben. Dies lehnt Ulpian ab, indem er die Begründung Julians unterstreicht, daß es für die Frage des Fortbestandes des Nießbrauches nur auf die als Legatar eingesetzte Person des Sklaven ankomme, ein Wegfall eines condominus somit irrelevant sei.

Julian trägt der sozio-ökonomischen Wirklichkeit des Sklaven Rechnung⁹³, wonach dieser nicht nur reines Erwerbsinstrument des dominus ist. Gerade hierin stößt Julian auf die ablehnende Kritik seines Adnotators Marcell. Wie Celsus, Pomponius, Papi-

90 Bretone (oben Fn. 88) 48.

91 Wieacker, Textstufen 290.

92 Nach Wieacker Textstufen 291 fehlt in FV 75.3 der ursprünglich dort erwähnte Fall eines Nießbrauchsvindikationslegats duobus coniunctim et alteri separatim, wie er in D. 7.2.1.1 noch erhalten ist. Dieser Schluß ist keinesfalls zwingend. Es ist durchaus möglich, daß der nachklassische Autor der Vorlage von FV 76 - einer Randglosse der Vorlage von FV 75.3 (statt aller Wieacker, Textstufen 292 ff.) - es gewesen ist, der die Anspielung Julians: quasi solum coniunctum in dem Satz quemadmodum-relictus in der Vorlage zu FV 76 ausgeschlachtet hat.

Jedenfalls verdeutlicht das quasi solum coniunctum einmal mehr, daß Julian nicht das Anwachsungsrecht für seine Entscheidung bemüht hat: Lediglich das Ergebnis sei das gleiche wie in dem Falle, daß der condominus mit seinem socius allein als Legatar eingesetzt worden ist.

93 Albanese 35.

nian und vielleicht auch Neraz steht Marcellus auf dem Boden der traditionellen Jurisprudenz, die den Sklaven als bloßes Erwerbsinstrument betrachtet und seiner Person keine eigenständige rechtliche Bedeutung zumißt. Das weitere Schicksal des Nießbrauchs nach Anfall des Legats hängt allein von dem Willen der Eigentümer des Sklaven ab. Weist einer von ihnen das Vermächtnis zurück oder bewirkt er durch non usus den Verlust seiner pars, dann konnte nach der traditionalistischen Auffassung die Frage, was mit der pars amissa zu geschehen hat, nur mit den Regeln des Anwachsungsrechts beantwortet werden, so daß - weil eadem res⁹⁴ - trotz des separatim-Legats auch Titius in den Genuß (ob der ganzen oder lediglich eines Teils der pars amissa, läßt sich freilich nicht sagen)⁹⁵ kommen mußte.

Wir kennen die Gründe im einzelnen nicht, die Marcell gegen Julian anführte. Wahrscheinlich waren es die gleichen, die auch Pomponius vorgebracht hat, so daß Ulpian sich auf Pomponius beschränken konnte. Pomponius führt die Lösung Julians in FV 75.4 ad absurdum:

Dem Miteigentümer dürfte der Anteils eines socius nicht anwachsen; absurd sei die Lösung gewisser Vertreter der Sabinianischen Rechtsschule im Falle einer in iure cessio partis usus fructus an den Eigentümer des Grundstücks, weil sie durch Zwischenschaltung des Anwachsungsrechts eine in iure cessio unmöglich macht⁹⁶. Deutlicher referiert Ulpian die Einwände Pomponius' in FV 75.5: Durch die Ausschlagung des einen condominus erwerbe derselbe Sklave eben dasjenige, was er zuvor

94 Gai. 2,199; FV 77; UE 24,12.

95 A.A. Bretone, Servus communis 53. Nach seiner Auffassung hat Pomponius in FV 75.4 die pars amissa allein dem Titius zukommen lassen wollen, während Marcellus, Maurician und Papinian sowohl den alter socius als auch Titius begünstigten. Aus dem nicht von Ulpian stammenden FV 76 kann dies - entgegen Bretone - nicht gefolgert werden; richtig Albanese 45.

96 Mit dem "quidam" in FV 75.4 ist Sabinus gemeint, wie FV 75.5 zeigt; zu FV 75.4 richtig insoweit Wieacker, St. Arangio-Ruiz IV 248.

verloren hatte⁹⁷. Ulpian verwahrt sich gegen diese Argumentationsweise, indem er hervorhebt, daß Julians Entscheidung nicht - wie Pomponius meint - mit dem Anwachsungsrecht zu begründen ist⁹⁸. Dies ist ein anschaulicher Beleg dafür, wie die Positionen beider Lager: hier die auf das *ius ad crescendi* pochenden Traditionalisten Celsus, Pomponius, Marcell, Maurician und Papinian, dort Julian und Ulpian als Verfechter der neuen Konzeption von der alleinigen Relevanz des Sklaven, verfestigt sind und man gleichsam aneinander vorbeiredet.

Einmal mehr zeigt sich, daß Marcell sich von der herkömmlichen Jurisprudenz schwerer löst und eine systemsprengende, innovatorische Entscheidung Julians vom sicheren Boden der traditionellen Rechtswissenschaft aus bekämpft.

6. Mit Erfolg machte Marcell auch in D. 7.6.1 pr. (Ulp. 18 ed.) Front gegen eine dogmatisch unhaltbare Neuerung Julians, wonach der Nießbraucher zur Vindikation der zugunsten des Nießbrauchsgrundstücks bestehenden Dienstbarkeit aktiv legitimiert sein soll.

D. 7.6.1 pr. (Ulp. 18 ed.) = Pal. Jul. 102

Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro octavo⁹⁹ apud Iulianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vincinum, si non patiatum eum ire et agere teneri ei, quasi non patiatum uti frui.

97 Treffend sieht den Zusammenhang des von Pomponius gebildeten Parallelfalles mit Julians Konstellation Albanese 50 ff., 53.

98 Ulpian modifiziert demnach nicht, wie Wieacker 247 und Bre-tone, Servus communis 48 meinen, die Begründung Julians. Wie hier Albanese 54 ff. und Fn. 61.

99 Richtig wohl septimo, vgl. Lenel Pal. I 333 Fn. 2. Im achten Buch behandelt Julian Teilungsklagen, im siebten hingegen den Nießbrauch.

Schon Labeo und Nerva¹⁰⁰ haben dem Nießbraucher, wenn der Nachbar ihn am ire agere hinderte, die vindicatio usus fructus gegeben. Marcell teilt diese Auffassung und stellt sich damit gegen Julian, dessen Meinung wir allerdings aus

100 Entgegen Bretone, La nozione romana di usufrutto, cit. 82, sowie Kaser in der Rezension zu diesem Werk, Labeo 9 (1963) 372, möchte ich keinen Gegensatz zwischen Labeo und der Auffassung Julians in D. 7.6.5.1 sehen: Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat an etiam adversus quemvis possessorem, quaeritur. et Julianus libro septimo digestorum scribit hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere : nam et si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitum, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.

Nach Kasers Ansicht besteht der Widerspruch darin, daß Ulpian in D. 7.6.1 pr. die Ausdehnung der vindicatio usus fructus auf quemvis possessor Labeo und Nerva, in D.7.6.5.1 hingegen Julian zuschreiben. Der Harmonisierung Kasers durch restriktive Interpretation der l. 1 pr. bedarf es jedoch nicht, wenn man den vicinus in l. 1 pr. nicht mit dem quemvis possessor in l. 5.1 gleichsetzt; richtig Marrone, La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano, Ann. Pal. 28 (1961) 112 ff. Während sich Labeo, Nerva und Marcellus ausschließlich mit dem Fall beschäftigen, daß der Eigentümer des Nachbargrundstücks (fundus serviens) den Nießbraucher an der Ausübung der zugunsten des Nießbrauchgrundstücks bestehenden Dienstbarkeit hindert und hierfür dem fructuarius gegen den Nachbarn die vindicatio usus fructus zur Verfügung stellen, geht es Julian um die Verfügbarkeit derselben gegen quemvis possessor fundi fructuarii nicht fundi vicini. Abzulehen ist auch die "Rekonstruktion" von D. 7.6.1 pr. durch Solazzi, La tutela e il possesso delle servitu prediali (1949) 10 Fn. 54 im Anschluß an Biondi, Actio negativa ed actio prohibitoria, in Ann. di Messina 3 (1929) 151 ff., sowie Boháček, Le actio negativa nell' ambiente dell' usufrutto, Bull. 46 (1936/37) 72 ff., wonach im ursprünglichen Text die vindicatio usus fructus nicht gegen den Nachbar sondern gegen den Eigentümer des Nießbrauchgrundstücks auch bei Behinderung des Nießbrauches durch den Nachbar gerichtet war. Seit Julian wird in der Tat die vindicatio usus fructus gegen jeden Besitzer des Nießbrauchgrundstücks, der den Nießbrauch beeinträchtigt, und nicht nur gegen den Eigentümer gewährt, D. 7.6.6 (Paul 71 ed.); D. 7.2.10 (Ulp. 17 ed.) vgl. Wesener, op. cit. SZ 81 (1964) 99 m.w.N. in Fn. 111. Unrichtig Marrone 112 ff., der meint, schon seit alters sei die vindicatio usus fructus auch gegen andere als den Eigentümer gegangen; gegen ihn Kaser, IURA 8 (1962) 235 Fn. 4.

D. 43.25.1.4 (Ulp. 71 ed.) kennen.

Item Iuliano placet fructuario vindicandarum
servitutium ius esse: secundum quod opus novum
nuntiare poterit vicino et remissio utilis erit,
ipso autem domino praedii si nuntiaverit, re-
missio inutilis erit: neque sicut adversus vicini-
um, ita adversus dominum agere potest ius ei
non esse invito se altius aedificare, sed si hoc
facto usus fructus deterior fiat, petere usum
fructum debeat. idem Iulianus dicit de ceteris,
quibus aliqua servitus a vicino debetur.

Der Nießbraucher habe die vindicatio servitutis. Da der Nieß-
braucher das Recht habe, einem auf dem herrschenden Grundstück
Bauenden das Weiterbauen zu untersagen, könne er die operis
novi nuntiatio nicht gegen den Eigentümer des Nießbrauchgrund-
stücks geltend machen; hier helfe nur die vindicatio usus
fructus.

Ulpian zitiert aus dem 59. Buch der Julianschen Digesten, wie
sich aus einer verkürzten Direktüberlieferung des Zitats in
D. 39.1.2 ersehen läßt. Gegenstand der Erörterung war die ope-
ris novi nuntiatio. Nachdem Ulpian in D. 43.25.1.3 die Aktiv-
legitimation des Nießbrauchers zur nuntiatio bejaht hatte,
stellte er in § 4 fest, daß Julian dem Nießbraucher auch die
vindicatio servitutis zugebilligt habe. An der Echtheit des
nur auf den ersten Blick scheinbar unvermittelt dastehenden
Einleitungssatzes in § 4 sollten keine Zweifel bestehen¹⁰¹.
Zurecht geht deshalb die neuere Literatur von einem Streit
zwischen Julian einerseits, Labeo, Nerva, Marcellus, aber

101 Dennoch verdächtigt Baviera, La legittimazione passiva
nell' actio aquae pluviae arcendae, in Scritti giuridici
I (1909) 174 Fn. 2 den Satz: Item - ius esse als komplato-
risch; ebenso Masson, RH 13 (1934) 176 Fn. 1, zitiert nach
Kaser, Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht, FS
Koschaker I (1939) 469 Fn. 131; Biondi, siehe Ind. itp. ad.
h.l., der ein non ergänzt und die Aussage Julians dadurch
in ihr Gegenteil verkehrt. Umgekehrt streicht Pampaloni, Il
concetto classico dell' usufrutto, Bull. 22 (1910) 144, ihm
folgend Perozzi, Istituzioni I² (1928) 777 Fn. 1, in
D. 7.6.1 pr. das non und alle Elemente, die nicht mit der
von Julian in D. 43.25.1.4 vertretenen Lösung übereinstim-
men.

auch Neraz¹⁰² und Ulpian¹⁰³ auf der anderen Seite aus¹⁰⁴.

Die Stärkung des Nießbrauchers durch Gewährung der eigentlich dem Eigentümer zustehenden Klagen nimmt schon in klassischer Zeit ihren Ausgang. Die Kompilatoren haben das Ihre später noch hinzugetan:

So soll schon Pomponius den Usufruktuar für legitimiert gehalten haben, die actio aquae pluviae arcendae - freilich in utilis Form - anzustrengen¹⁰⁵, was Ulpian¹⁰⁶ kategorisch ablehnte.

Für die Gewährung der actio finium regundorum setzte sich Paul¹⁰⁷, das interdictum de arboribus caedendis Ulpian¹⁰⁸, der actio legis Aquiliae (utilis) beide ein¹⁰⁹. Die actio de servo corrupto (utilis) soll den Nießbraucher nach Ulpian¹¹⁰,

102 D. 8.5.2.2 (ulp.-Ner. 17 ed.).

103 D. 8.5.1 (Ulp. 14 ed.); l. 2.1; l. 6.3 h.t., beide Ulp. 17 ed.

104 Sciascia, Bull. 49/50 (1947) 472; Solazzi, La tutela e il possesso delle servitù prediali (1949) 10 ff.; ders., SD 17 (1951) 259 ff.; Albanese, Le estensioni della legittimazione attiva acquiliana, in Ann.Pal. 21 (1950) 241 ff.; Grosso, Problemi dei diritti reali (1944) 150 ff.; ders., Usufrutto² cit. 192 ff.; ders., Le servitù prediali nel diritto romano (1969) 96, 282; Marrone, op. cit. 109 ff.; Betrone, Nozione, cit. 80 Fn. 77; Wesener, Art. usus fructus RE 9 A (1961) 1161; ders., Julians Lehre vom usus fructus, in SZ 81 (1964) 100; Burdese s.v. servitù prediali, NNDI 17 (1970) 123; Metro, Fructus servitutis esse non potest?, JURA 23 (1972) 110 Fn. 24; Kaser RP I² § 106 I, 3 = S. 450 u. Fn. 25; vgl. auch schon für die ältere Literatur: Segre, Mélanges Girard II (1912) 534 Fn. 1 und 580 Fn. 1.

105 D. 39.3.22 pr. u. § 2 (Pomp. 10 var. lect.), Echtheit zweifelhaft, vgl. Ind. itp. ad. h.l. sowie die bei Grosso, Usufrutto 255 Fn. 2 genannten Autoren.

106 D. 39.3.34 (Ulp. 55 ed.)

107 D. 10.1.4.9 (Paul 23 ed.); dazu Grosso 256 gegen Baviera a.a.O. 175 Fn. 1.

108 D. 43.27.1.4 (Ulp. 71 ed.) Echtheit wird von Perozzi I² 783 Fn. 4 und Bonfante, Corso III (Nachdruck der 1. Aufl. 1972) 97 Fn. 1 bezweifelt, dagegen Grosso 256.

109 D. 9.2.11.10 (Ulp. 18 ed.), D. 9.2.12 (Paul 10 Sab.); echt, vgl. Albanese, op. cit. 237 ff.

110 D. 11.3.9.1 (Ulp. 23 ed.).

die operis novi nuntiatio nach Julian¹¹¹ - gegen Ulpian¹¹² -
die cautio damnum infecti nach Ulpian¹¹³ und Paul¹¹⁴ geltend
machen können.

Abgesehen von dem mit Echtheitszweifeln behafteten Pomponius-
fragment setzt mit Julian der Ausbau der Rechtstellung des
Nießbrauchers ein, an welchem in besonders starkem Maße all-
erdings erst die Spätclassiker Ulpian und Paulus beteiligt
waren.

Auch Marcell hat die Schutzbedürftigkeit des Nießbrauchers
gegen Einwirkungen des Nachbarn anerkannt. Dennoch ist er
Julian darin nicht gefolgt, daß dieser dem Usufruktuar im
Falle der Behinderung des *ire agere* durch den Nachbarn die
vindicatio servitutis gab. Entgegen Albanese¹¹⁵ ist der Grund
dafür wohl kaum in einer unterschiedlichen rechtlichen Kon-
struktion des *usus fructus* zu suchen. Aus den Quellen ist der
Nachweis einer anderen begrifflichen Erfassung des Nießbrauchs
durch Marcell nicht zu führen. Sowohl Julian als auch Marcell
greifen bei ihren Lösungen im Einzelfall auf Bauelemente aus
dem Eigentum zurück, wenn sie den Nießbrauch als *pars domini*
bezeichnen¹¹⁶.

Den Grund für die ablehnende Haltung Marcellis finden wir
vielmehr in der Überlegung, daß Marcell auch hier wieder in
erster Linie sich des herkömmlichen Instrumentariums bedient,
während Julian nur allzu schnell den gesicherten Boden der
traditionellen Zivilrechtsdogmatik verläßt und in völlig un-
konventioneller Weise andere Hilfsmittel anbietet, ohne sich
um die dogmatische Einordnung seiner Lösung zu kümmern. Die
systemsprengende Gewährung der *vindicatio servitutis* war für

111 D. 39.1.2 (Jul. 49 dig.).

112 D. 39.1.20 (Ulp. 71 ed.); nach Ulpian war dem Nießbrau-
cher dies nur *procuratorio nomine* möglich.

113 D. 39.2.13.8 (Ulp. 53 ed.).

114 D. 39.2.5.2 (Paul 1 ed.).

115 A.a.O. 246, 251, 253; die Gewährung der *vindicatio ser-
vitutis* soll bei Julian auf die alte Auffassung des *usus-
fructus* als Frucht Eigentum zurückgehen.

116 D. 45.1.58 (Jul. 54 dig.); D. 30.82.3 (Jul.-Marc. 33
dig.).

die h.M. nicht nötig, da der Nießbraucher durch die extensive Interpretation des *uti frui* hinreichend geschützt war. *Uti frui* umfaßte nach der traditionellen Auffassung seit Labeo und Nerva auch das *ire agere* hinsichtlich der auf dem dienenden Grundstück lastenden Dienstbarkeit. Gläubiger der Dienstbarkeit war der Eigentümer des herrschenden Grundstücks; nur er war demnach zur Geltendmachung der *vindicatio servitutis* aktiv legitimiert. Dem Nießbraucher stand lediglich ein Nutzungsrecht am Grundstück seit Labeo und Nerva auch an der Dienstbarkeit zu¹¹⁷.

7. Fundiert ist die Korrektur Marcellus auch in

D. 15.1.9.8 (Ulp. 29 ed.) = Pal. Jul. 195

Item deducetur de peculio, si quid dominus servi nomine obligatus est aut praestitit obligatus: ita si quid ei creditum est iussu domini: nam hoc deducendum Iulianus libro duodecimo digestorum scribit. sed hoc ita demum verum puto, si non in rem domini vel patris quod acceptum est pervenit: alioquin secum debebit compensare. sed et si pro servo fideiusserit, deducendum Iulianus libro duodecimo digestorum scribit. Marcellus autem in utroque, si nondum quicquam domino ab sit, melius esse ait praestare creditori, ut caveat ille refusurum se, quid praestiterit dominus hoc nomine conventus, quam ab initio deduci, ut medii temporis interusurium magis creditor consequatur. sed si de peculio conventus dominus condemnatus est, debebit de sequenti actione de peculio deduci: coepit enim dominus vel pater iudicati teneri: nam et si quid servi nomine non condemnatus praestitisset creditori, etiam hoc deduceret.

Ulpian formuliert eine wohl schon bei Julian vorgefundene regula: Der mit der *actio de peculio* belangte dominus kann, in

¹¹⁷ Vgl. die feine Herausarbeitung der Rechte des Nießbrauchers bei Neraz D. 8.5.2.2 i. f.: neque enim potest soli fructuario servitus deberi: sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur.

soweit er sich für den Sklaven rechtlich verpflichtet, oder im Hinblick auf eine solche Verpflichtung bereits etwas gezahlt hat, dies als Abzugsposten geltend machen¹¹⁸. Daher dürfe, so habe Julian gefolgert, auch dasjenige in Abzug gebracht werden, was dem Sklaven auf Geheiß des dominus kreditiert worden sei. Ulpian schränkt diese Aussage auf den Fall ein, daß der Kredit nicht dem dominus selbst zugeflossen ist. Nach Julian könne der Herr auch insoweit ein Abzugsrecht geltend machen, als er sich für eine Schuld seines Sklaven verbürgt habe. Marcell habe in beiden Fällen¹¹⁹ ein Abzugsrecht verneint. Nach ihm könne der dominus vom Gläubiger lediglich eine Kautio verlangen, die ihm die Rückzahlung dessen garantiere, was er für den Fall seiner Inanspruchnahme mit der *actio quod iussu* oder der *actio mandati contraria* vom *Pekulium* würde abziehen können.

Weder inhaltliche noch sprachliche Kriterien geben Anlaß zur Verdächtigung des Textes¹²⁰. Betrachtet man den eingangs von

118 Siehe auch die Definition des Tubero, D. 15.1.5.4 (Ulp. 29 ed.) und Gai. 4,73.

119 Das heißt, wie schon die Glosse in *utroque* zurecht erkannte, *sive iussit, sive fideiussit* (sc. dominus).

120 Die Echtheit der Stelle ist von Beseler, SZ 45 (1925) 254 ff.; ders. SZ 66 (1948) 326 und Donatuti, *Contributi alla teoria del mandato in diritto romano* (1927) 106 ff. verneint worden, weil sie angeblich im Widerspruch zu dem im römischen Recht geltenden Grundsatz stehen, wonach der Bürge erst Rückgriff nehmen könne, wenn er gezahlt habe (*si ei aliquid abest*). Die Gleichsetzung des obligatus mit dem praestitit obligatus gehe auf die Kompilatoren zurück. Auch Julian habe die vorherige Zahlung durch den Bürgen vorausgesetzt. Marcell habe Julian nicht sachlich berichtigen wollen, sondern lediglich etwas hervorgehoben, was Julian als selbstverständlich verschwiegen habe. Beselers Rekonstruktion (SZ 45, 254) der Marcellusnote lautet: *Marcellus autem in utroque si nondum quicquam domino abest (recte ait nihil deducendum esse)*. Das autem bei Ulpian spricht jedoch deutlich für eine Kontroverse. Biondi, *La compensazione* (1927) 278, 279 streicht das *alioquin secum debet compensare* als überflüssig; ohne Beanstandung dieses Teils dagegen Betti, *Sulla concezione della confusio*, SD 28 (1962) 16 u. Fn. 8; für Echtheit auch, Buti, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi* (1976) 180 u. Fn. 74. Ohne Bedeutung für den sachlichen Gehalt der Quelle ist die - allerdings unbegründete - Verdächtigung der Alternative *vel patris* bzw. *vel pater* durch Guarneri-Citati und Seckel nach Ind. itp. ad h.l. Keine

Ulpian wiedergegebenen - vermutlich in dieser Form schon bei Julian vorgefundenen - Leitsatz, so fällt auf, daß dieser nicht unwesentlich von Tuberos Definition und auch von Gaius' Formulierung¹²¹ abweicht. Tubero und Gaius billigen dem Herrn nur dann ein Abzugsrecht zu, "si quid domino debetur." Julian und Ulpian verlegen den Zeitpunkt, von dem an eine Deduktion möglich sein soll in den Fällen des iussum und der Verbürgung des Gewalthabers vor auf den Augenblick, in welchem der Herr die Verpflichtung (fideiussio, iussum) gegenüber dem Dritten eingeht. Tubero¹²² und insbesondere noch Gaius¹²³ scheinen auch hier die Formel "si quid domino debetur" angewandt und demnach die vorherige Zahlung des Herrn aufgrund

Bedenken hat offensichtlich auch Valiño, *Las acciones adiecticiae*, in AHDE 37 (1967) 394 ff. Er setzt lediglich für die fideiussio die ältere von Justinian getilgte sponsio. Dem ist zuzustimmen.

Der Prätor hatte gerade für den Fall des Bürgenregresses eine besondere formula in factum concepta der actio mandati contraria geschaffen (vgl. Lenel EP³ 296; Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht (1909) 274; Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni* (1962) 162 ff.), die in ihrer intention allerdings das Moment des pecunia abest, also der Zahlung durch den Bürgen, enthielt. Die Zahlung als Rückgriffsvoraussetzung wurde aber bereits in klassischer nicht immer gefordert. (Vgl. D. 46.1.45, Scaev. 6 dig.; D. 17.1.14 pr., Ulp. 31 ed.; D. 17.1.50 pr., Cels. 38 dig.; CJ 4.35.6, Gordian a. 238; D. 17.1.45 pr., Paul 5 Plaut.; D. 17.1.38.1, Marc. l.s. resp.; zum ganzen Partsch, op. cit. 274 u. Fn. 4; Frezza 176 - 180). Um so weniger kann die in D. 15.1.9.8 vorliegende Konstellation an den für die actio mandati contraria geltenden Regeln gemessen werden, als es hier gar nicht um die Geltendmachung der actio mandati contraria geht, sondern um die deductio de peculio bei Inanspruchnahme des dominus.

Das von Beseler als "kein Latain" bemängelte aliquis aliquid obligatus est findet sich auch bei anderen Juristen, vgl. D. 40.12.21 pr. (Mod. 1 poen.). Hierauf eine Interpolation zu stützen, ist nicht berechtigt.

121 D. 15.1.5.4 (Ulp.-Tub. 29 ed.),

Gai IV, 73: Cum autem quaeritur, quantum in peculium sit, ante deducitur, quod patri dominove quique in eius potestate sit, a filio servove debetur, et quod superest, hoc solum peculium esse intelligitur

122 D. 15.1.5.4 (Ulp. 29 ed.).

123 Gai. 4.73.

der fideiussio oder der actio quod iussu verlangt zu haben. Dieser traditionellen Auffassung schließt Marcell sich an und liefert auch die dogmatische Begründung für seine Entscheidung: Das interusurium¹²⁴ gebühre nicht dem Eigentümer, sondern dem Gläubiger. Die Bedeutung dieses Einwandes wird deutlich, wenn man die möglichen Lösungswege durchspielt: Nach Julians Entscheidung kann der dominus den Betrag in Höhe der Bürgschaft oder die seiner Haftung aus der actio quod iussu entsprechende Summe schon zum Zeitpunkt der eigenen Verpflichtung abziehen. Die Folge ist, daß der Gläubiger bei Erschöpfung des peculium zunächst ausfällt. Legt man die Lösung Marcells zugrunde, so wird dem Gewalthaber ein Deduktionsrecht in den genannten Fällen nicht zugebilligt. Er kann vielmehr lediglich eine Kautions verlangen. Zahlt der dominus später, dann muß der Gläubiger das Geld zurückzahlen, nicht aber die mittlerweile gezogenen Zwischenzinsen. Das interusurium soll dem Gläubiger auch dann gebühren, wenn der dominus später aus der Bürgschaft oder mit der actio quod iussu belangt werden sollte und bezahlen müßte; denn erst mit der Zahlung liegt ein debere des servus im Sinne der tuberonschen Definition vor, die den Herrn zur deductio berechtigte.

Die am bewährten Herkömmlichen dogmatisch orientierte Kritik Marcells paßt sich zwanglos in die Prinzipienzusammenhänge ein. Die Kompilatoren, die auch in der Kautionsleistung durch den Gläubiger eine deductio sahen¹²⁵, ließen die Julianlösung im Falle der bereits geleisteten Zahlung aus der Bürgschaft und actio quod iussu gelten. Im Falle des nondum quicquam domino aberit favorisierten sie Marcells Entscheidung.

124 Hierzu zuletzt De dominicis, NNDI VIII (1962) 938 ff.

125 Vgl. insoweit richtig Donatuti, a.a.O. 109.

8. Um eine Randkorrektur handelt es sich in

D. 34.3.5.2 (Ulp. 23 Sab.) = Pal. Jul. 481

Idem Iulianus eodem libro scripsit, si filius familias debitor fuerit et patri eius fuerit liberatio relicta, patrem pacto liberandum esse, ne etiam filius liberetur. et parvi, inquit, refert, si sit aliquid in peculio die legati cedente necne: securitatem enim pater per hoc legatum consequitur: maxime, inquit, cum rei iudicandae tempus circa peculium spectetur. huic patri similem facit Iulianus maritum. cui uxor post divortium liberationem dotis legavit: nam et hunc, licet die legati cedente solvendo non sit, legatarium esse: et utrumque ait solutum repetere non posse. sed est verius quod Marcellus notat patrem petere posse (nondum enim erat debitor, cum solveret), maritum non posse, quod debitum solvit. patrem enim etsi quis debitorem existimaverit, attamen loco esse conditionalis debitoris, quem solutum repetere posse non ambigitur.

Der Gläubiger eines filius familias vermacht dem pater familias die Befreiung von dessen Pekuliarhaftung. Der Vater - so Julian - sei durch ein pactum de non petendo, nicht durch acceptilatio zu befreien, damit nicht auch der Sohn von der Verbindlichkeit frei werde. Dabei sei es einerlei, ob am dies cedens irgend etwas im Pekulium sei oder nicht. Der Vater erlange nämlich durch das Legat Sicherheit; dies gelte ganz besonders deshalb, weil bei der Pekuliarhaftung der Inhalt des Pekuliums zur Zeit der Urteilsfällung entscheidend sei. Ähnlich liege der Fall des Ehegatten, dem seine Frau nach der Scheidung die Befreiung von der Mitgiftückzahlung vermacht hat. Auch er sei Legatar, wenngleich er am dies cedens (ohnehin) zahlungsunfähig ist. Hätten aber der Vater oder der Ehegatte etwas bezahlt, dann könnten sie dies nicht mehr zurückfordern. Dagegen wendet sich unter Ulpians Beifall Marcell in seiner Note: Der Vater könne das, was er zu einem Zeitpunkt geleistet hat, als er noch nicht Schuldner war, zurückfordern, der maritus hingegen nicht.

Aus D. 34.3.5.pr. und § 1 (Ulp. 23 Sab.) wissen wir, daß die liberatio des Legatars mittels acceptilatio oder pactum de non petendo erfolgen konnte. Während Javolen, D. 34.3.6 pr. und § 1

(6 ep.) noch Zweifel hat, ob der Vater mit der actio ex testamento auch die Befreiung des Sohnes von Erben erlangen könne¹²⁶, sind diese von Julian offensichtlich überwunden. Er greift auf das pactum de non petendo zurück, wenn die acceptilatio weitere Wirkungen als vom Testator gewollt, nämlich die Liberation auch des Sohnes, erzeugen würde¹²⁷.

Hier soll nach dem Willen des Testators nur die adjektizische Haftung des Vaters entfallen, der Sohn dagegen weiter verpflichtet sein. Dieses Ziel ist nur durch ein pactum de non petendo zwischen dem Erben und dem Vater zu erreichen und kann von letzterem mit der actio ex testamento durchgesetzt werden.

Über die Wirkung eines solchen liberatorischen Legats und über den eigentlichen Kern der Kontroverse zwischen Julian und Marcell besteht keine Einigkeit.

Die beiden Hauptantagonisten sind Santalucia¹²⁸ und Astolfi¹²⁹.

126 Dazu B. Eckardt, *Iavoleni epistulae* (1978) 88 ff.

127 De Villa, *La liberatorio legato in diritto classico e giustiniano* (1929) 55 ff.; Santalucia, *I legati ad effetto liberatio* (1964) 75 ff., 89 ff., insb. 92 ff., ders., *Labeo* 13 (1967) 158 Fn. 28; Garrido, *Rez. Santalucia*, *JURA* 16 (1965) 297; Astolfi, *Studi sull' oggetto dei legati in diritto romano I* (1964) 74 ff., 76; *Voci DER II*, 321, 322 u. Fn. 275. Das pactum de non petendo kommt zum Zuge, wenn nur der Bürge befreit werden soll, D. 34.3.5.1 (Ulp.-Jul. 23 Sab.), oder nur einer der Gesamtschuldner, D. 34.3.3.3 i.f. (Ulp.-Jul. 23 Sab.); acceptilatio dagegen, wenn der Begünstigte der filius familias selbst ist, D. 34.3.5.3 (Ulp.-Jul. 23 Sab.), oder der conreus socius, D. 34.3.3.3. i.f., oder der Hauptschuldner bei Vorhandensein eines Bürgen, D. 34.3.5.pr. (Ulp.-Jul. 23 Sab.), weil andernfalls - sei es in Folge des Rückgriffs oder sonstige - die vom Erblasser gewollte liberatio nicht eintreten würde.

128 *I legati ad effetto liberatorio*, cit. 90 ff., 123 ff.; ders., *Labeo* 13 (1967) 184 ff.

129 *Giuliano e il legatum liberationis*, *Labeo* 12 (1966) 347. Weitere Lit. zur Stelle: Solazzi, *Studi sull' actio de peculio III. Actio de peculio aucto peculio*, *Bull.* 20 (1908) 12 ff. = ders. *Scritti I* (1955) 237, im folgenden zitiert nach Scritti; Levet, *Le bénéfice de compétence* (1927) 170 u. Fn. 58; 224 u. Fn. 20, 22; Vážný, *Naturalis obligatio*, *St. Bonfante IV* (1930) 152 ff.; Micolier, *Pécule et capacité patrimoniale* (1932) 664 ff.; G.E. Longo, *Ricerche sull' obligatio naturalis* (1962) 73, 74 u. Fn. 82; Talamanca,

Santalucia vertritt die Auffassung, auch für Julian habe das Legat in D. 34.3.5.2 nicht unmittelbar Wirksamkeit entfaltet, sondern erst zu dem Zeitpunkt, in welchem das Pekulium einen Aktivbestand aufwies. Dies ergebe ein Vergleich von D. 34.3.5.2 mit D. 34.3.27 (Tryph. 8 disp.)¹³⁰, wo ein Befreiungsvermächtnis derselben Art wie in l. 5.2 als ein bedingtes aufgefaßt worden sei. Das emolumentum propter spem futuri entspreche genau der securitas bei Julian. Eine unmittelbare Wirksamkeit ergebe sich auch nicht aus D. 36.2.19.3 (Jul. 70 dig.)¹³¹, denn diese Quelle sei interpoliert¹³².

Diese Interpretation der Entscheidung Julians ist nicht haltbar. Weder ist D. 36.2.19.3 das Ergebnis kompilatorischer Überarbeitung¹³³, noch steht Julian auf dem selben Standpunkt

Studi Cagliari 44 (1963-64) 646 ff.; Masi, Studi sulla condizione nel diritto romano (1966) 23 ff.; mir nicht zugänglich: Talamanca, Legatum liberationis: critica ed anticritica, in Studi senesi 80 (1968) 99 - 114, zit. nach JURA 20 (1969) 825.

¹³⁰ Videamus, si ei, cum quo de peculio actio erit, liberatio testamento legata sit, an si die, quo legata cedere solent, nihil in peculio sit, legatarii loco habetur? atquin nondum debitor fuit, nec procedit, ut emolumentum aliquid ex legato ad eum perveniat nisi propter spem futuri peculii. numquid ergo in pendenti sit, an legatarius fuerit, perinde atque si qua alia causa spem legati dubiam faceret.

¹³¹ Si debitori quod sub condicione debet legatum est, praesens legatum agique ex testamento statim potest, ut liberatio praestetur, et, si post mortem testatoris decesserit, ad heredem transmittit actionem.

¹³² So schon Santalucia, I legati, cit 123 m.w.N. Fn. 15; ebenfalls für interpoliert - mit allerdings abwegiger Begründung - hält Talamanca, Intorno ad una recente ipotesi sulla liberatio legata, in St. Cagliari 44 (1963-64) publ. 1966 S. 648 ff. die Stelle: Julian habe - wie D. 34.3.5.2 zeige - die conditio indebiti nur dort nicht zugebilligt, wo der Schuldner sofort auf Befreiung klagen konnte. In D. 36.2.19.3 gehe Julian ausdrücklich von einer bedingten Schuld aus. So wie Julian in diesem Falle die conditio indebiti dem debitor sub condicione nicht verweigert, hätte er ihm andererseits niemals das Recht zugebilligt, sofort auf Liberation zu klagen, wie D. 36.2.19.3 glauben machen will. Gegen Talamanca richtig Masi, a.a.O 28, der darauf hinweist, daß eine derart notwendige Verbindung zwischen der Möglichkeit, sofort auf Befreiung zu klagen und der Nichtverfügbarkeit der conditio indebiti den genannten Quellen nicht zu entnehmen ist.

¹³³ Zur Echtheit schon richtig Flume, Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht, in TR 14 (1935) 21 ff.; Masi, op. cit. 23 ff.; Astolfi, Labeo 12 (1966) 349.

wie Tryphonin in D. 34.3.27, daß das Legat bedingt sei. Der von Santalucia¹³⁴ behauptete Widerspruch zwischen D. 36.2.19.3 und D. 34.3.5.2 besteht nicht. Aus "maxime cum rei iudicandae tempus circa peculium spectetur" kann man nämlich nicht folgern, daß dem Legat eine unmittelbare Wirkung fehlte. Das pactum de non petendo blockiert in der Tat bereits die Erhebung der Klage des Gläubigers und hindert nicht nur eine Verurteilung. Mit der Phrase "maxime - spectetur" umschreibt Julian lediglich die "securitas", welche das Vermächtnis dem Vater gewährt. Der unmittelbar wirkende Vorteil besteht in der Gewißheit, vom Gläubiger des filius, auch wenn das Pekulium im Zeitpunkt der Urteilsfällung im Haftungsprozeß einen Aktivbestand aufweisen sollte, eine Inanspruchnahme nicht fürchten zu müssen.¹³⁵

Entgegen Solazzi¹³⁶ und Astolfi¹³⁷ setze die Kritik Marcell und Ulpian nicht bereits bei der Frage der unmittelbaren Wirkung des Legats an, stellten sich also beide Juristen insoweit nicht auf die Seite der noch von Tryphonin vertretenen konservativen Richtung. Man braucht nicht anzunehmen, daß die Kompilatoren Ulpian Bericht über die Note, soweit er eine derartige Kritik enthielt, gestrichen haben. Immerhin haben sie auch Tryphonin in die sedes materiae übernommen. Vielmehr war die Neuerung Julians nicht so revolutionär, daß nicht auch Marcell ihr hätte zustimmen können, hielt sie sich doch im Rahmen des "Systems". Der Grundsatz, daß ein Legat nur dann wirksam war, wenn es dem Legatar einen Vorteil brachte, wurde durch Julians Innovation nicht verletzt. Lediglich eine Verfeinerung des Begriffs "Vorteil" war nötig. Sah man das emolumentum schon in dem Haftungs- (D. 34.3.5.2) oder Schulderlaß (D. 36.2.19.3) selbst, dann stand nichts im Wege, ein unbedingtes Legat anzunehmen. Marcell und Ulpian sind Julian darin gefolgt.

134 Labeo 13 (1967) 185.

135 Vgl. Masi, op. cit. 26 ff. Für eine unmittelbare Wirkung des Legats nach Julian auch Talamanca, St. Cagliari 44, 646 ff.; Astolfi, Labeo 12 (1966) 349.

136 Scritti I 239.

137 Labeo 12 (1966) 349.

Auch die Erwägung, Julian habe ein unbedingtes Legat deshalb angenommen, weil er den Vater als unbedingten Schuldner begriff, ihm also eine bereits existierende, wenngleich nicht einklagbare Schuld erlassen werde, trägt nicht. Damit ließe sich zwar die Entscheidung Julians in unserer Stelle D. 34.3.5.2, nicht aber die Lösung in D. 36.2.19.3, wo von einer Pekuliarverbindlichkeit nicht die Rede ist, begründen. Für eine Verdächtigung von D. 36.2.19.3 besteht aber kein Grund¹³⁸. Beide Entscheidungen lassen sich aber mit der Deutung der bloßen *M ö g l i c h k e i t* eines Haftungs- oder Schulderlasses als emolumentum rechtfertigen. Die Begründung Julians in D. 34.3.5.2 : *securitatem - consequitur* weist genau in diese Richtung.

Zielt die Kritik Marcells demnach nicht auf die Annahme einer unmittelbaren Wirkung des Legats durch Julian ab, so handelt es sich in Wirklichkeit um die Korrektur einer eher beiläufigen Bemerkung Julians, die mit dem Befreiungslegat selbst nichts zu tun hat¹³⁹. Ulpian berichtet, daß Julian der Befreiung des *pateris familias* von der Pekuliarhaftung den Fall des zahlungsunfähigen Ehemannes, dem die Ehefrau nach der Scheidung die Befreiung von der Mitgiftückzahlung vermacht, gleichgestellt habe und entschieden habe, daß keiner das bereits Gezahlte zurückfordern könne¹⁴⁰.

Anhand der Marcellusnote und der Überlieferten Entscheidung läßt sich der zugrundeliegende Sachverhalt unschwer rekonstruieren: Der *pater familias* hat, obwohl nichts im *Pekulium*

138 Vgl. die Nachweise oben Fn. 133.

139 Auf die unzulässige Vermischung der beiden im Julianfragment angeschnittenen Problemkreise (Wirkung des Legats, Rückforderung des gezahlten Geldes) durch Astolfi hat mit Nachdruck bereits Santalucia, *Laboe* 13, 185 Fn. 117 hingewiesen; richtig auch Masi, *Condizione* 27.

140 Erst durch die Wiedergabe des Noteninhalts wird der Sachverhalt klar, welcher Gegenstand der Entscheidung *et utrumque* war. Indessen, hier einen Eingriff der Kompilatoren zu vermuten, ist nicht nötig. Die schlechte Darstellung findet eine Erklärung auch darin, daß Ulpian selbst die *libri ad Sabinum* kaum veröffentlicht, der posthume Herausgeber das Material des ulpianischen Entwurfs aber nicht mehr verarbeitet hat. Deutlich wird dies besonders in FV 75.3 - 5, vgl. auch Wieacker, *Textstufen*, 295.

war, die Schuld des Sohnes im eigenen Namen beglichen; ebenso hat der Ehemann mehr zurückerstattet, als er aufgrund des *beneficium competentiae* verpflichtet war, zurückzugewähren. In beiden Fällen soll nach Julian das Gezahlte nicht mehr mit der *condictio indebiti* zurückverlangt werden können.

Die Entscheidung ist, soweit sie den *maritus* betrifft, unangreifbar. Das *beneficium competentiae* reduziert zwar die Verurteilung auf *id quod facere potest*, nicht aber die Obligation¹⁴¹. Eine Überzahlung bedeutet also nicht Zahlung einer Nichtschuld.

Anders aber war die Rechtslage bei der *Pekuliarhaftung* des *pater*. Hier haftet der *pater* rechnerisch beschränkt auf *dumtaxat de peculio*; Julian will jedoch den *de peculio* in Pflicht genommene Vater, dem auf Rückerstattung der *dos* belangten *maritus* gleichstellen, indem er den *paterfamilias* auch dann für verpflichtet erklärt, wenn nichts im *Pekulium* ist. Freilich besteht auch nach Julian lediglich eine nicht einklagbare Schuld. Hat der *pater* aber einmal bezahlt, dann soll die Rückforderung ausgeschlossen sein. Offensichtlich versucht Julian, den nicht durch den *Pekuliumsbestand* abgedeckten Teil der Forderung des Gläubigers als *obligatio naturalis*¹⁴² des *paterfamilias* zu deklarieren¹⁴³.

Marcell hingegen begreift den *de peculio* in Anspruch genommenen *pater* wie die herkömmliche und auch in klassischer Zeit ganz herrschende Meinung¹⁴⁴ als "*debitor quasi condicionalis*."

141 Dazu zuletzt Litewski, Das *beneficium competentiae* im römischen Recht, in St. Volterra IV (1971) 476 ff.; Guarino, La condanna nei limiti del possibile (1975) 55 ff.

142 Richtig Vázný, a.a.O. 153; Santalucia, Labeo 13, 185 Fn.117. Bei der Ausbildung der *naturalis obligatio* kommt Julian eine entscheidende Bedeutung zu, vgl. den Überblick bei Boulard 164.

143 Siehe auch D. 12.6.11 (Ulp. 35 Sab.). Hier dürfte es sich in Wahrheit um ein Julianzitat Ulpianus handeln; richtig Solazzi, Scritti I 238 ff.; für Interpolation hingegen Levet, 170 Fn. 58, 224 und Fn. 22.

144 Das "*etsi quis debitorem existimaverit*" ist mit Sicherheit auf Julian gemünzt und drückt aus, daß seine Meinung eine lediglich singuläre war.

Das bedeutet aber, daß seine Verpflichtung allein und ausschließlich vom Pekuliumsinhalt abhängt. Das dumtaxat de peculio bestimmt hiernach nicht nur die Klagbarkeitsgrenze, sondern auch den Umfang der Obligation. Eine Überzahlung kann demnach als ein indebitum kondiziert werden.

Gegen die Qualifizierung des legatum liberatorium an den pater familias als unbedingtes Vermächtnis erhob Marcell keine Einwände. Der Schaffung einer obligatio naturalis für die durch das Pekulium nicht gedeckten Gläubigerforderung konnte er nicht zustimmen. Diese Innovation mußte Marcell als Bruch mit dem herkömmlichen Rechtszustand, eben als Neuschöpfung, nicht als Rechtsfortbildung empfinden. Die kühne Analogie zum beneficium competentiae vermochte weder Marcell noch die späteren klassischen Juristen zu überzeugen. Julians Unternehmen blieb denn auch ein Versuch, der keine Befürworter fand.

9. Ein schachtsinniger dogmatischer Einwand steht hinter der Randkorrektur Marcells in

D. 19.1.23 (Jul. 13 dig.) = Pal. Jul. 221:

Si quis servum, quem cum peculio vendiderat, manumiserit, non solum peculii nomine, quod servus habuit tempore quo manumittebatur, sed et eorum, quae postea acquirit, tenetur et praeterea cavere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit, restitutu iri. Marcellus notat: illa praestare venditor ex empto debet, quae haberet emptor, si homo manumissus non esset: non continebuntur igitur, quae, si manumissus non fuit, adquistiturus non esset.

Ein Verkäufer hat einen mit seinem Pekulium verkauften aber noch nicht übergebenen und übereigneten Sklaven freigelassen. In Frage steht die Haftung des Verkäufers. Nach Julian kann der Käufer vom Verkäufer verlangen: 1. Wertersatz für das mit der Freilassung erloschene¹⁴⁵ Sondergut, 2. (ea), quae postea

145 D. 15.2.1 §§ 3 u. 4 (Ulp. 29 ed.); D. 15.2.3 (Pomp. 4 Q Muc.).

adquirir, 3. das aus der Erbschaft des Freigelassenen an den Verkäufer Gelangte. Marcellus dagegen schränkt ein: Dasjenige schulde der Verkäufer, was der Käufer hätte, wenn der Sklave nicht freigelassen worden wäre, nicht hingegen, was der Sklave - wäre die Freilassung unterblieben - dem Käufer nicht erworben hätte.

Das vorliegende Fragment wird fast durchweg unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung erörtert¹⁴⁶. Neuerdings sieht jedoch J.G. Wolf¹⁴⁷ den Haftungstatbestand nicht, wie die übliche Interpretation, in der Nichterfüllung des Vertrages, sondern in der Freilassung des Sklaven. Seine Untersuchung nimmt den Text wie er Überliefert ist und kann auf diese Weise Unterstellungen vermeiden, zu denen sich die meisten Interpretationen genötigt sehen¹⁴⁸; in der Gefolgschaft Cuias¹⁴⁹ werden auch Inhalt und Bedeutung der Marcellusnote wieder richtig erkannt. Für unsere Zwecke genügt es, die Ergebnisse dieser neuen Untersuchung zusammenzufassen.

146 Jehring, Abhandlungen aus dem römischen Recht 66 Anm. 1; F. Mommsen, Zur Lehre vom Interesse (1855) 140 ff.; Buckland, The Roman law of slavery (1908) 40 ff.; Mackintosh, The Roman Law of sale² (1929) 194 ff.; Haymann, Die Haftung für unmittelbaren und mittelbaren Schaden beim Kauf, in St. Bonfante II (1930) 453; Arangio-Ruiz, La compravendita in diritto romano (1954) 230 ff.; Medicus, Id quod interest (1962) 41 ff.; Below, Die Haftung für *lucrum cessans* im römischen Recht (1964) 96 ff.; Honsell, Quod interest in *bonae-fidei-iudicium* (1969) 16 ff.; D. Liebs, Römisches Recht (1975) 243.

147 Barkauf und Haftung, in TR 45 (1977) 1 ff. insbesondere 12 ff.

148 Siehe aber auch schon F. Mommsen, a.a.O. 140 ff.; Schindler, op. cit. 230 ff. und Below, die Julian zu Unrecht den Vorwurf machen, er lasse den Verkäufer zweimal bezahlen, wenn dieser den Erwerb des *libertus* und dasjenige, was aus dessen Erbschaft an ihm gelangt, dem Käufer erstatten müsse; vgl. hierzu aber die parallele Situation bei der *lex Aquilia*, D. 9.2.23.2 (Ulp.-Jul. 18 ed.) und dazu Wolf, oben Fn. 147 S. 8 ff.; wieder anders Honsell 17, der das (*ea*), *quae postea adquirir* auf den Erwerb des Freigelassenen vor dem Urteil beschränkt.

149 *Recitationes solemnes ad h. 1.*

Im Anschluß an die Glosse¹⁵⁰ wollen mehrere Autoren das (ea), quae postea adquirat auf den Erwerb des Freigelassenen bis zur Klageerhebung¹⁵¹ oder Urteilsfällung¹⁵² beschränken, gleichzeitig auch die cautio für das quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit auf den Neuerwerb nach dem Urteil reduzieren¹⁵³. Andererseits soll nach Buckland¹⁵⁴, Arangio-Ruiz¹⁵⁵, Medicus¹⁵⁶ und D. Liebs¹⁵⁷ der Wert des Sklaven zusätzlich noch zu ersetzen sein, was wegen seiner Selbstverständlichkeit Julian erst gar nicht erwähnenswert gewesen sei¹⁵⁸.

Indessen werden diese, vom modernen Schadensersatzrecht aus argumentierenden Versuche, der Entscheidung Julians nicht gerecht. J.G. Wolf¹⁵⁹ hat gezeigt, daß Haftungstatbestand für Julian nicht die Verletzung der Leistungspflicht war, sondern die aus der Barkaufstruktur der emptio venditio herleitbare Verletzung der Pflicht, den Sklaven nicht freizulassen. Die Palingenesie des Julianfragments stützt diese These: Der Text stammt aus dem 13. Buch der Digesten, in welchem Julian neben dem depositum die fiducia abhandelte. Offensichtlich verglich Julian die treuwidrige Freilassung des sicherungsübereigneten Sklaven mit der manumissio des bereits verkauften Sklaven¹⁶⁰. Jene aber war sicherlich ein selbständiger Haftungstatbestand, bei der Freilassung durch den Verkäufer kann es dann nicht anders gewesen sein.

Sieht man in der Freilassung des verkauften Sklaven die Haftungsgrundlage, so erklären sich zwanglos die von Julian genannten Haftungsposten: 1. Der Verkäufer hat dem Käufer den

150 Glosse "Teneatur".

151 Arangio-Ruiz 230 ff. unter unbelegter Emendation des adquirat in adquisit.

152 Medicus 41 ff.; Honsell 16 ff.

153 Medicus 42 Fn. 43; Honsell 17; gegen beide zurecht Wolf 5 ff.

154 A.a.O. 40 ff.

155 Op. cit. 231.

156 A.a.O. 42.

157 A.a.O. 243.

158 Zusammenfassung der einzelnen Positionen noch einmal bei Wolf 5 ff.

159 S. 12 ff.

160 Wolf 15 m.w.Lit. Fn. 65.

Wert des Sonderguts zu ersetzen. Da Haftungstatbestand nicht die Nichtleistung sondern die Freilassung ist, bestimmt sich der Wert des Pekuliums nach dem Zeitpunkt der Freilassung.

2. Den späteren Erwerb des libertus setzte Julian loco servi pretii, in dem er augenscheinlich davon ausgeht, daß dasjenige, was der libertus an Vermögen erwirbt, er dem Käufer als Sklave erworben hätte. Gerade hierin liegt der Nutzwert des Sklaven. Es ist daher unrichtig¹⁶¹, den Wert des Sklaven als ungenannten - weil selbstverständlichen - Haftungsposten hinzunehmen, da Julian das pretium selbst mit dem Vermögensgewinn des liberus angesetzt hat, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vom iudex zu schätzen war¹⁶².

3. Schließlich wird noch als letzter Haftungsposten das quidquid ex hereditate liberti ad eum (sc. venditorem) pervenerit angeführt. Damit ist freilich nur der auf dem Erbrecht des Patrons beruhende Erwerb gemeint¹⁶³. Zu rechtfertigen ist die Verpflichtung zur Herausgabe dieser Vermögenswerte nicht mit dem Gedanken des Schadensausgleichs, sondern wiederum mit dem in der Freilassung liegenden Vertragsbruch, dessen Früchte dem Verkäufer nicht verbleiben dürfen¹⁶⁴. Da aber zum Zeitpunkt der Urteilsfällung im Prozeß der actio empti noch nicht abzusehen ist, ob der Verkäufer den libertus überhaupt oder in welchem Umfang beerben würde¹⁶⁵, muß der Verkäufer auf Anhalten des iudex stipulationsweise die Herausgabe dessen, was er iure hereditario vom libertus erlangen wird, versprechen.

Nach Klärung des Juliantextes wird auch die Stoßrichtung der Marcellusnote deutlich. Während diejenigen Autoren, die Julian

161 So aber Buckland, Arangio-Ruiz, Medicus, Liebs, oben Fnn. 154 u. 157.

162 J.G. Wolf 18.

163 Die operae liberti werden wohl vernachlässigt, da sie besonders ausbedungen werden müssen.

164 Zur Parallele beim negotium gestum und der Freilassung des Dotalsklaven durch den Ehemann unter Verstoß gegen das Verbot der lex Julia de maritandis ordinibus siehe Wolf 20 ff.

165 Zum Erbrecht des patronus vgl. Kaser RP I² § 166 I, 4 = S. 697; § 168 III = S. 701.

vorwerfen, er belaste den Verkäufer doppelt¹⁶⁶, die Kritik Marcellis gerade an diesem Punkt ansetzen lassen wollen, führen andere sie auf einen anderen Interessebegriff¹⁶⁷, eine andere Berechnung¹⁶⁸ oder auf das Differenzprinzip gegenüber dem Privatstrafgedanken¹⁶⁹ zurück.

Indessen setzt Marcellus nicht an der Kumulierung der Haftungsposten 2 oder 3 oder gar am Haftungstatbestand an: auch er sieht die Freilassung als entscheidend an, wenn er darauf abhebt: si homo manumissus non esset. Vielmehr beschränkt sich die Note auf die Korrektur des (ea), quae postea adquisirit. Dies hat schon Cuias¹⁷⁰ erkannt und geht auch aus dem non continebuntur igitur quae, si manumissus non fuit¹⁷¹, adquisiturus non esset eindeutig hervor. Dieser Satz nimmt nämlich unmittelbar Bezug auf das quae postea adquisirit des Juliantextes. Julians Formel: quae postea adquisirit liegt die Prämisse zugrunde, daß, was der libertus an Vermögen erwirbt, er als Sklave dem Käufer erworben hätte. Im allgemeinen wird es die Arbeitskraft des libertus sein, die er zur Vermögensgewinnung einsetzt. Die Nutzung der Arbeitskraft gebührt aber nach Abschluß des Kaufvertrages dem Käufer. Entspricht somit zwar im Normalfall der Erwerb des libertus dem Wert des Sklaven zum Zeitpunkt seiner Freilassung (Nutzwert), so konnte Julians Berechnungsformel unter besonderen Umständen jedoch dazu führen, daß dem Käufer mehr zu erstatten war, als der Sklave an Wert hatte. Dies war dann der Fall, wenn das quae postea adquisirit einen Vermögensgewinn erfaßte, den der Freigelassene dem Käufer als Sklave mit Sicherheit nicht erworben hätte. Anschaulich ist das von J.G. Wolf¹⁷² angeführte Beispiel, daß dem Sklaven eine Schenkung, ein Legat oder eine

166 So die oben Fn. 148 Genannten.

167 Medicus 42 ff.

168 Honsell 17 ff.

169 D. Liebs 243.

170 Recitationes solemnes ad h.l.

171 Grammatikalisch richtig allerdings wäre "fuisset".

172 A.a.O. S. 17.

Erbschaft unter der Bedingung seiner Freilassung zukommen sollte. Durch die Freilassung des Sklaven entzog der Verkäufer weder dem Käufer diesen Gewinn, noch eignete er ihn sich selbst an. Weder aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes, noch unter dem Aspekt, daß der Verkäufer die Früchte seines Eingriffs in das Vermögen des Käufers nicht soll behalten dürfen, ist insoweit eine Haftung des Verkäufers geboten. Sie ist dogmatisch nicht zu rechtfertigen. Marcell bestimmte daher konsequenterweise den Schadensersatz nicht nach dem Erwerb des libertus, sondern dem hypothetischen Gewinn, den der Käufer durch den Sklaven erzielt hätte: *illa praestare venditor ex empto debet, quae haberet emptor, si homo manumissus non esset.*

10. Eine streng dogmatisch ausgerichtete Argumentation Marcells wendet sich gegen eine freie, stärker wertende Entscheidung Julians in

D. 48.10.14.1 (Paul 22 quaest). Pal. Jul. 835

Sequens quaestio est, an, quoniam placet id quod illicite scriptum est pro non scripto esse, quod servo communi scribentis et alterius adscriptum est, utrum in totum pro non scripto sit, an quantum ad eum tantum qui adscripsit, ceterum socio totum debeatur, et inveni Marcellum apud Iulianum adnotasse, nam cum Iulianus scripsisset, si sibi et Titio scripsisset aut servo communi, cum pro non scripto sit, facillime quaeri posse, quantum Titio et socio adquiratur ita: adicit iste Marcellus: quemadmodum socio debebitur, si quasi falsum nomen servi subducitur? quod et in praesenti quaestione observandum est.

Das SC. Libonianum aus dem Jahre 16 n.Chr.¹⁷³, bestärkt durch

¹⁷³ Dazu Mommsen, Römisches Strafrecht (1899) 671; Ferrini, Diritto penale romano (Nachdruck 1976) 394; Scarlata-Fazio, Problemi di falso testamentario in diritto romano, in Rivista di diritto civile 30 (1938) 413 - 445; De Martino, Note esegetiche sul senatoconsulto Liboniano, in Scritti giuridici in memoria di E. Massari (1938) 331 ff.; Archi, Problemi in tema di falso in diritto romano (1941) 5 ff.; Volterra, s. v. senatus consultum, NNDI XVI (1969) 1047 ff., 1065; Kaser RP I² § 163 I,3 = S.691 Fn.6; Albanese, Sul senatoconsulto Liboniano, in Ann. Pal 36 (1976) 289 ff.

ein edictum Claudii, welches die Strafbestimmungen der lex Cornelia de falsis auf das SC Libonianum erstreckte¹⁷⁴, erklärte letztwillige Verfügungen zugunsten des Testamentschreibers für nichtig¹⁷⁵ (pro non scripto)¹⁷⁶.

Um eine Konkretisierung dieser Nichtigkeitsfolge geht es in dem von Paul referierten Streit zwischen Julian und Marcell¹⁷⁷: Ein Legat ist einem Sklaven, der im Miteigentum des Testamentschreibers und des Titius steht, adscribiert worden. Nachdem Paul im pr. die Strafbarkeit des Testamentschreibers geprüft hat, kommt er hier in § 1 zum erbrechtlichen Problem (sequens quaestio). Ist das adscribierte Legat gänzlich nichtig, oder nur insoweit, als der gemeinsame Sklave den vermachten Gegenstand dem Testamentschreiber erwerben würde? Zur Beantwortung dieser Frage greift Paul auf eine Note Marcells zurück, referiert aber implizit auch den Julianschen Kontext. Julian hat die Fälle: si sibi et Titio scripsisset aut servo communi offensichtlich gleich behandelt und hier wie dort das Legat soweit aufrechterhalten, als Titius begünstigt war. Marcell äußert sich in der Note lediglich zur Konstellation si servo communi (scripsisset). Dies beruht wohl nicht darauf, daß Paul lediglich den Teil der Marcellusnote zitiert, der sich auf die von ihm selbst erörterte Variante bezog, sondern ist damit zu erklären, daß Marcell die Entscheidung Julians im Falle si sibi et Titio scripsisset nicht kritisierte¹⁷⁸. Auf Widerspruch

174 D. 48.10.15 pr. (Call. 1 quaest.).

175 D. 48.10.14 pr. (Paul 22 quaest.); D. 34.8.1 (Jul. 78 dig.); D. 34.8.5 (Paul 5 quaest.); D. 37.4.8.6 (Ulp. 40 ed.).

176 Zur Fiktion pro non scripto habetur siehe Bund, in Sein und Werden im Recht, Festgabe f. v. Lübtow (1970) 376 ff.

177 Literatur zum Text: Beseler, TR 10 (1930) 189; ders. SZ 66 (1948) 336; De Martino, S. 343 ff.; Bretone, Servus communis (1958) 36 ff.; Bund, Untersuchungen zur Methode Julians (1965) 174 ff.; ders., oben Fn. 176 S. 377, Albanese, S. 342 ff.

178 Die Entscheidung Julians scheint insoweit in klassischer Zeit kaum umstritten gewesen zu sein, vgl. auch PS 3.6.14, wo es nur noch darum ging, ob Titius auch noch der Teil, welcher der Testamentschreiber nicht erwerben konnte, zukomme: magis est ut totum legatum ad coniunctum pertineat. Diese Lösung folgt aus der gebotenen engen Auslegung des

stieß bei Marcellus jedoch die Lösung Julians, wenn ein servus communis bedacht wurde, der dem Schreiber des Titius gehörte. Julian will auch hier dem Titius den durch den gemeinsamen Sklaven ihm erworbenen Teil des Legats belassen. Diese Entscheidung ist wohl von der Überlegung bestimmt, daß Titius hier nicht schlechter stehen soll, als in dem Fall, daß er mit dem Schreiber als Kollegatar bedacht worden ist. Die wertende Betrachtung Julians entbehrt nicht der Berechtigung. Hält man sich vor Augen, daß die Nichtigkeitsfolge des SC. Libonianum nicht nur bei Fälschungen durch den Testamentschreiber eintrat, sondern bereits die Tatsache seiner Begünstigung genügte¹⁷⁹, so erscheint es zufällig, ob der Erblasser das Legat sibi et Titio oder dem beiden gehörenden servus communis aussetzt. Während bei der ersten Alternative wohl allgemein der Erwerb des Titius aufrechterhalten wurde, steht Julian mit der gleichen Entscheidung für den zweiten Fall alleine.

Die durchaus billige Julianentscheidung hält indessen einer streng dogmatischen Prüfung, wie Marcell darlegt, nicht stand: *Quemadmodum socio debetur, si quasi falsum nomen servi subducitur?*¹⁸⁰. Folgt man nämlich dem SC Libonianum und betrach-

SC., welches nur ein sibi adscribere sanktioniert. Durch die Streichung des sibi als quasi falsum wird das Titio nicht berührt.

179 Die Nichtigkeit tritt nur dann nicht ein, wenn der Schreiber der Gewalt des Testators unterstand und letzterer das Testament unterschrieben hat, D. 48.10.15.2 (Call. 1 quaest.), vgl. auch Albanese, a.a.O. 291 Fn. 5, oder wenn im Fall eines extraneus scriptor der Testator die Echtheit der Verfügung bestätigte, hier genügte also die bloße subscriptio nicht, D. 48.10.15 II 1 u. 3 (Call. 1 quaest.), D. 48.10.1.8 (Marci. 14 inst.); zum ganzen Albanese 304 ff.

180 Note und Juliantext sind in der Substanz aber auch in der Form völlig echt.

Albanese will dagegen das iste in istic umdeuten. Jedoch entspricht das iste durchaus dem polemischen Stil Pauls. Als Vergleich bietet sich D. 31.82.2 (Paul 10 quaest.) an, wo er eine Note Marcells abschätzig als calumniosa bezeichnet. Die Mommsensche Ergänzung (Dig. ad h.l.) des quod sibi adscript nach cum pro non scripto sit, sowie die Ersetzung des quaeri durch exquiri sind unbegründet. Diese formalen Unstimmigkeiten erklären sich auch gut aus dem lässigen Stil der libri quaestionum Pauls. Die Konjekturen Beselers sind einmal mehr ganz und gar willkürlich (vgl.

tet man die Zuwendung an den servus communis, weil er auch in der Gewalt des Schreibars steht, als quasi falsum und deshalb pro non scripto¹⁸¹, so kann natürlich auch Titius durch den gemeinsamen Sklaven das Legat nicht erwerben. Die Fiktion pro non scripto zerstört hier das gesamte Vermächtnis, während bei einem Legat sibi et Titio die Streichung des sibi als quasi falsum die Zuwendung an Titius unberührt läßt. Bei diesem streng deduktiv gewonnenen Ergebnis bleiben Marcell und Paul¹⁸² stehen. Julian hingegen setzt sich über den Wortlaut des SC. Libonianum hinweg und begrüßt die Widerlegung des Prinzips nach Maßgabe seiner Absicht. Seine elegante Entscheidung hat aber weder in klassischer noch in nachklassischer Zeit Anhänger gefunden.

SZ 66,336 und TR 10,189). Ebesowenig kann die Ansicht De Martinos (a.a.O. 344 Fn. 1) gebilligt werden, wonach der letzte Teil des § 1 von nam cum Iulianus - fin. eine nachklassische Paraphrase sei. Gegen ihn richtig zuletzt Albanese 343 Fn. 106.

Allgemein wird der Schlußsatz quod et in praesenti quaestione observandum als kompilatorisch verdächtigt, vgl. Albanese 343 Fn. 107, Beseler a.a.O. Nach Albanese haben die Kompilatoren den auch von Paul erörterten Sachverhalt eines Legats zugunsten sibi et Titio aus der l. 14,1 herausgestrichen und lediglich die Entscheidung des Falles si servo communi .. stehen lassen. Jedoch bestand für Paul kein Grund in diesem Zusammenhang auf die Alternative si sibi et Titio einzugehen. Die quaestio in l. 14 pr. hatte nur den Fall des servus communis zum Inhalt. Beselers Vorwurf (SZ 66,336), der Schluß verkenne die Identität der quaestio Pauls und der quaestio Marcellis wird der besonderen Literaturgattung der Quaestionen nicht gerecht. Die Quaestionen Pauls enthalten praktische Fälle, insbesondere Entscheidungen im Rahmen einer Disputation (Schulz, Rechtswissenschaft 302). Der Diskussionstil ist weitgehend noch erkennbar und deckt auch den quod-Satz ab, welcher lediglich noch einmal den von Marcell in der Form einer rhetorischen Frage formulierten Entscheidungssatz bekräftigt.

181 Siehe die Quellennachweise oben Fn. 175.

182 Gebilligt von den Kompilatoren; richtig Albanese 343 Fn. 107.

11. Ein weiteres Beispiel für eine stärker dogmatisch orientierte Betrachtungsweise Marcells finden wir in

D. 7.1.25.1 (Ulp. 18 Sab.) = Pal. Jul. 498

Interdum tamen in pendenti est, cui adquirat iste fructuarius servus: ut puta si servum emit et per traditionem accepit necdum pretium numeravit, sed tantummodo pro eo fecit satis, interim cuius sit, quaeritur. et Iulianus libro trigensimo quinto digestorum scripsit in pendenti esse dominium eius et numerationem pretii declaraturam, cuius sit: nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuisse. idemque est et si forte stipulatus sit servus numeraturus pecuniam: nam numeratio declarabit, cui sit adquisita stipulatio. ergo ostendimus in pendenti esse dominium, donec pretium numeretur. quid ergo si amisso usu fructu tunc pretium numeretur? Iulianus quidem libro trigensimo quinto digestorum scripsit adhuc interesse, unde sit pretium numeratum: Marcellus vero et Mauricianus amisso usu fructu iam putant dominium adquisitum proprietatis domino: sed Iuliani sententia humanior est.

Ein servus fructuarius hat einen Sklaven erworben. Der Sklave ist ihm übereignet worden¹⁸³, während der Kaufpreis noch nicht entrichtet, sondern lediglich Sicherheit geleistet wurde¹⁸⁴. Nach Julian ist das Eigentum in der Schwebe. Erst durch die Zahlung des Kaufpreises werde geklärt, ob der Sklave dem Eigentümer oder dem Nießbraucher erworben worden ist¹⁸⁵. Nach Ul-

183 Die traditio steht für die klassische mancipatio, vgl. Arangio-Ruiz, La compravendita in diritto romano² (1954) 293; Amirante, Usufructus gregis, in St. Arangio-Ruiz III (1953) 289; Bretone, La nozione romano di usufrutto (1962) 135 Fn. 126; Kurz, Vor- und Rückwirkungen im klass. röm. Recht, Diss. jur. (1971) 61 Fn. 9.

184 Die satisdatio wird zu Unrecht verdächtigt von Pringsheim, Der Kauf mit fremdem Geld (1916) 55; ders. Eigentumsübergang beim Kauf, SZ 50 (1930) 408; richtig indessen statt aller, Kaser RP 12 § 100 IV, 3 = 418 mit weiterer Literatur Fn.43. Das Erfordernis der Kaufpreiszahlung für den Eigentumsübergang war in klass. Zeit dadurch abgeschwächt, daß der Zahlung die Kreditierung gleichgehalten wurde; vgl. auch Wesenberg, Rez. Feenstra, Reclame en revindicatie (1949), in SZ 68 (1951) 598 ff., 600. Den Text streicht einmal mehr Bessler, SZ 51 (1931) 58 rigoros zusammen, ohne hingegen den Inhalt der Quelle substantiell zu verändern.

185 Ebenso D. 41.1.43.2 (Gai. 7 ed. prov.); D. 21.1.43.10 (Paul 1 ed. aed. cur.); dazu Kurz, a.a.O. 62 ff.; vgl. auch Wesener, Aufschiebende Bedingung im römischen Recht, in Festgabe für A. Herdlitzka (1972) 275 ff.

pian gilt das gleiche, wenn der servus fructuarius die Rückzahlung einer Darlehensvaluta sich vor Auszahlung des Darlehens hat versprechen lassen.

Für Julian hatte die spätere Kaufpreiszahlung lediglich deklaratorische Wirkung (*declaraturam*)¹⁸⁶. Das byzantinische *re-tro*¹⁸⁷ will hier jedoch die echte Rückwirkung einer juristischen Tatsache annehmen, obwohl nicht eine rückwirkende Veränderung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses in Frage steht¹⁸⁸. Letzteres würde nämlich bedeuten, daß das Eigentum bis zur Kaufpreiszahlung nicht dem Nießbraucher zustand. Neben dem *declaraturum* weist auch das präsensische *adquirat* daraufhin, daß das Eigentum, nachdem alle Voraussetzungen des Kaufvertrages und der Übereignung erfüllt waren, unmittelbar auf denjenigen überging, der später den Kaufpreis zahlte. Die Kaufpreiszahlung beseitigte somit lediglich Zweifel über die Person des neuen Eigentümers. Ulpians Beispiel verdeutlicht diesen Standpunkt: *nam numeratio declarabit, cui sit adquista stipulatio*. Die Auszahlung der Darlehensvaluta macht einen bereits geschehenen Vorgang: den Erwerb der Rückzahlungsstipulation für den dominus oder den Usufruktuar sichtbar. *Dominium in pendentem* meint hier nicht, daß das Eigentum ohne Zuordnungsobjekt - etwa wie die *hereditas iacens* - ist, sondern lediglich die momentane Unsicherheit in der Frage, wem - dem Eigentümer oder dem Nießbraucher - der Sklave oder die Stipulation erworben worden ist.

In klassischer Zeit scheint Julians Lösung nicht umstritten gewesen zu sein. Jedenfalls ergeben sich aus den Quellen keine Anhaltspunkte für eine Kontroverse¹⁸⁹.

186 Betti, *Declarare voluntatem nella dogmatica bizantina*, in St. Albertario II (1953) 445 ff.; Gioffredi, *Pendenza e sospenso*, SD 22 (1956) 145 ff.; Kurz, op. cit. 65 ff.

187 Von Betti, a.a.O. 444, Schönbauer, *Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf*, SZ 52 (1932) 225 zurecht für interpoliert gehalten; dagegen - jedoch nicht überzeugend - Kurz 63 ff. und 66 Fn. 15.

188 A.A. wohl Grosso, *Usufrutto*² 233; Wesener, S. 275.

189 Quellennachweise oben Fn. 185.

Kein Konsens bestand hingegen, wenn vor der Zahlung des Kaufpreises durch den Eigentümer oder Nießbraucher der Nießbrauch erloschen ist. Nach Julian hat der Wegfall des Nießbrauchs auf den Schwebezustand keinen Einfluß. Auch jetzt komme es noch darauf an, aus wessen Mitteln der Kaufpreis aufgebracht werde. Marcellus und Maurician vertraten dagegen den Standpunkt, das Erlöschen des Nießbrauchs beende die Ungewißheit zugunsten des Eigentümers.

Kurz¹⁹⁰ will die abweichende Auffassung der Adnotatoren damit begründen, daß für sie erst die spätere Kaufpreiszahlung den Eigentumsübergang bewirkt habe. Dagegen spricht jedoch, daß Ulpian die Kontroverse nicht schon für den Grundfall berichtet. Im Übrigen läßt sich die Kontroverse auch vom Boden der, soweit ersichtlich, nicht umstrittenen Pendenzlehre, erklären. Der Grund für die Annahme eines Schwebezustandes in den Fällen des Erwerbs durch einen Nießbrauchsklaven war die Unsicherheit, wem die gekaufte Sache erworben wurde. In Konkurrenz standen der Eigentümer und der Nießbraucher des Sklaven, der für beide als Erwerbsinstrument¹⁹¹ tauglich war. Im Normalfall war es die Zahlung des Kaufpreises, welche Klarheit über die Person des Erwerbers brachte und somit den Schwebezustand beendete. Das Konkurrenzverhältnis mußte aber auch durch Wegfall des Nießbrauchs und damit auch des Nießbrauchers erlöschen; denn die Annahme eines Schwebezustandes beruhte eben gerade auf der Existenz zweier konkurrierender Gläubiger. Die Beendigung des Nießbrauchs führt somit notwendig zum Wegfall des Nießbrauchers als Erwerber. Wie die Zahlung des Kaufpreises aus Mitteln des Herrn, so dokumentiert auch das Erlöschen des Nießbrauchs, daß von Anfang an dem dominus das Eigentum am Sklaven oder die Stipulation erworben wurde. Diese Konsequenz hat natürlich auch Julian nicht verkannt, wie wir aus anderem Zusammenhang wissen:

190 A.a.O. 68.

191 Eisele, Zum römischem Sklavenrecht (l. 25 § 1 de usufr. 7.1), in SZ 26 (1905) 66 ff.

D. 19.1.24 pr. (Jul. 15 dig.)

Si servus, in quo usus fructus tuus erat, fundum emerit et antequam pecunia numeraretur, capite minutus fueris, quamvis pretium solveris, actionem ex empto non habebis propter talem capitis deminutionem, sed indebiti actionem adversus venditorem habebis. ante capitis autem minutionem nihil interest, tu solvas an servus ex eo peculio quod ad te pertinet: nam utroque casu actionem ex empto habebis.

Der Nießbrauchsklave hat einen fundus gekauft, den Kaufpreis aber noch nicht entrichtet. So stand noch nicht fest, für wen er den Kaufvertrag abgeschlossen hat. Mit dem Erlöschen des Nießbrauchs vor der Zahlung des Kaufpreises ist der Schwebezustand aber endgültig aufgehoben worden. Nun konnte auch die Entrichtung des pretium dem Usufruktuar die actio ex empto nicht mehr verschaffen.

Anders als in D. 7.1.25.1 ist hier die Kaufsache noch nicht übergeben worden. Dieser Unterschied rechtfertigt jedoch nicht die divergierenden Entscheidungen Julians; denn in D. 7.1.25.1 war der Kaufvertrag noch in suspensio. Das Subjekt der mancipatio und emptio venditio kann dort aber auch noch nach Erlöschen des Nießbrauchs, durch Zahlung des Kaufpreises, bestimmt werden. Der Widerspruch¹⁹² der beiden Julianentscheidungen im 15. und 35. Buch ist auch mit textkritischen Mitteln nicht zu beheben. So bleibt denn keine andere Erklärung als einen Systembruch Julians zu konstatieren. Im Bestreben, dem Nießbraucher auch noch nach Erlöschen des Nießbrauchs die Möglichkeit zu geben, das Geschäft des servus fructuarius an sich zu ziehen, setzt er sich über die ihm im 15. Buch, D. 19.1.24 pr., noch unüberwindlichen dogmatischen Hindernisse hinweg. Unter dieses Aspekt wird auch das kurze Statement Ulpians am Ende von l. 25.1 verständlich.: sed Iuliani sententia humani-

192 Auch Grosso, Usufrutto² 233 Fn. 2 vermag ihn nicht zu erklären.

or¹⁹³ est. Julians Lösung ist eine Billigkeitslösung. Dogmatisch begründet ist allein die Ansicht Marcells und Mauricians.

12. Nicht am Ergebnis, sondern in der Begründung Julians setzt die Notenkritik Marcells an in:

D. 46.1.8.8 (Ulp. 47 Sab.) = Pal. Jul. 710

Si qui Stichum stipulatus fuerit, fideiussorem ita acceperit: 'Stichum aut decem fide tua iubes?' non obligari fideiussorem Iulianus ait, quia durior eius fit condicio. utpote cum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur, Marcellus autem notat non ideo tantum non obligari, quia in duriorum conditionem acceptus est: denique pro eo, qui decem promiserit, non poterit fideiussor ita accipi, ut decem aut Stichum promittat, quamvis eo casu non fit eius durior condicio.

Ein Bürge hat sich für eine Stipulationsschuld, die auf Stichum dari ging, mit einer Alternativstipulation des Inhalts Stichum aut decem verbürgt. Julian hält die Bürgschaft deshalb für unwirksam, weil der Bürge strenger haftet; der Bürge bleibt nämlich auch verpflichtet, wenn der Sklave gestorben ist. Marcellus kommt zu dem selben Ergebnis, allerdings mit einer anderen Begründung: Das Bürgschaftsversprechen verstoße gegen den Grundsatz, daß Hauptschuld und Bürgschaft denselben Inhalt haben müßten. Das Kriterium der durior condicio werde diesem Prinzip nicht immer gerecht. Wenn zehn versprochen worden seien und die Bürgschaft alternativ auf decem aut Stichum

193 Das humanior beim Spätklassiker Ulpian sollte nicht Anlaß zur Verdächtigung dieses Satzes sein. Eher als daß die Kompilatoren den Satz sed Iuliani sententia humanior est geschrieben hätten, hatten sie wahrscheinlich das Notenzitat gestrichen, wie sie es auch in FV 75.3 getan haben, vgl. S. 123 ff. Gegen Pringsheim, Animus donandi, SZ 42 (1921) 316 Fn.5, plädieren für die Echtheit des humanior: Krüger, Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechts, in SZ 19 (1899) 30; Maschi, Humanitas come motivo giuridico con un esempio: nel diritto dotale romano, Scritti in memoria di L. Consattini = Ann. Triestini 18 (1948) 263-362, zit. nach der Rezension dieser Arbeit von Sanfilippo in JURA 2 (1951) 332 ff.; Kurz, a.a.O. 68 Fn. 18.

gehe¹⁹⁴, befinde sich der Bürge nicht in einer *durior condicio*, gleichwohl aber sei die Bürgschaft unwirksam¹⁹⁵.

Zum besseren Verständnis dieser Kontroverse ist ein kurzer Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung des Verhältnisses von Hauptschuld und Bürgschaftsstipulation erforderlich¹⁹⁶.

Für die Frühzeit sind wir zu der Annahme berechtigt, daß Hauptschuld und Bürgschaftsstipulation übereinstimmen mußten¹⁹⁷. Bei der *sponsio* und *fideipromissio*, den beiden frühesten Bürgschaftsformen, versprach der Bürge: *idem dari*¹⁹⁸.

Erst allmählich kam es zu einer Auflockerung dieser strengen Identität, beschränkt zunächst auf Fälle quantitativer Unterschiede zwischen Hauptschuld und Bürgschaftsstipulation, wie sie insbesondere schon die *lex Furia* (241 - 180 v. Chr.) mit ihrer Haftungsbeschränkung bei mehreren Sponsoren auf eine Kopfquote und die *lex Cornelia de sponsu* (81 v. Chr.) mit der Einführung einer Höchstgrenze für Bürgschaften unter denselben

194 Zu Unrecht verdächtigt Flume, Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulation (1932) 123 den Schlusatz: *denique - fin.* Ulpian habe die vorliegende Problematik nicht nur für die *fideiussio* allein behandelt, sondern für alle drei Bürgschaftsinstitute einheitlich. Daher sei das *promittere* für den *fideiussor* verdächtig, ebenso wie der *quamvis*-Satz überflüssig. Flume erkennt jedoch die Tragweite des Marcellischen Einwandes: Der mit *quamvis* eingeleitete Halbsatz soll gerade hervorheben, daß das von Julian gebrauchte Kriterium der *durior condicio* unzureichend ist. Im Übrigen ist *promittere* als Sammelbegriff für sämtliche Bürgschaftsbegründungen ebensowenig anstößig wie die Bezeichnung *adpromissor* für den Bürgen schlechthin; gegen Flume richtig Kaser RP I² § 155 II, 2 = S. 661; auch De Martino, Le garanzie personali dell' obbligazione I (1940) 115 ff.

195 Zum Text siehe: Flume, op.cit. S. 123 ff.; De Martino, a.a.O. 114 ff.; Bonifacio, La Stipulatio debiti alternativa, in JURA 1 (1950) 290 ff.; ders., La novazione nel diritto romano² (1959) 138 ff.; Wolff, Rez. Bonifacio, JURA 2 (1951) 242; Frezza, Le garanzie delle Obbligazione I (1962) 68 ff.; Grosso, Obbligazioni³ (1966 180 ff.; Talamanca, 'Alia causa' e 'durior condicio' dell' adpromissor, in St. Grosso III (1970) 115 ff., insbesondere 181 ff., dort auch die pandektistische Literatur (Fn. 124); Apathy, Zur Abgrenzung von Novation und Bürgschaft, in RIDA³ 18 (1971) 440 ff.; Sacconi, Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano (1973) 149 ff.

196 Dabei folgen wir Talamanca (oben Fn. 195 S. 115 ff.) und Sacconi (oben Fn. 195 S. 134 ff.).

197 Dazu Sacconi 10 ff., 107 ff.

198 Gai. 3.116; Kaser RP I² § 153 II, 3a u. b = 661 ff.

Beteiligten gesetzlich forderte. Gaius kennzeichnete das neue Abgrenzungskriterium in seinen Institutionen (Gai. 3.126) mit plus oder minus debere und verglich es mit dem plus-minus ad stipulari in Gai. 3.113¹⁹⁹. Freilich zeigt sich gerade bei Gai. 3.126 i.V.m. 3.113, daß die Entwicklung schon einen Schritt weiter gegangen war. Mit der Einbeziehung des dies vel condicio in den Gegensatz plus-minus debere²⁰⁰ wurde der bisher zulässige Rahmen der rein quantitativen Unterschiede verlassen und wurden nunmehr auch qualitative Abweichungen zugelassen.

Als ungeeignet erwies sich das Kriterium plus-minus aber, als die römische Jurisprudenz weitere Fallgruppen zu bewältigen hatte, wie die Hinzufügung eines locus solutionis²⁰¹, adiectus solutionis causa²⁰², die Verbürgung mit einer einfachen Stipulation für eine alternative Hauptschuld und umgekehrt²⁰³ und die Zuerkennung eines Wahlrechts an verschiedene Personen bei Alternativobligationen²⁰⁴. Hier war es einmal mehr Julian, der durch die Schaffung des neuen Paradigmas der durior condicio die Entwicklung vorantrieb. Weiter weg vom ursprünglichen idem hin zur bloßen Akzessorietät²⁰⁵ geriet die Entwicklung bereits am Ende der Republik durch die Einführung der fideiussio, denn der fideiussor mußte nicht mehr "idem dari" versprechen. Jetzt war es besonders schwierig, die Grenze zwischen eadem und alia causa zu ziehen. Mit diesem Problem befaßt sich unser Text. Talamanca²⁰⁶ hat unter Hinweis auf die Entwicklung zum locus solutionis und dem Einwand Marcells in D. 46.1.8.8 glaubhaft gemacht, daß die Fälle der Verbürgung für eine einfache Hauptschuld mit einer Alternativstipulation von der vorjulianischen Jurisprudenz nur unter der Antinomie eadem-alia causa behandelt wurde. Das gleiche gilt für diejenigen Konstellationen, in denen bei alternativen Haupt- und Bürgerschaftsstipulationen das Wahlrecht verschiedenen Personen zustand²⁰⁷.

199 Siehe auch die Synthese von Gai. 3.112 und Gai. 3.126 durch die Kompilatoren in I. 3.20.5.

200 Ob in die Kategorie plus-minus debere in tempore (Talamanca 127, 128), oder unter eine selbständige Gattung (Sacconi 139 ff.) im Anschluß an Maschi (Condizione 80 Fn. 247) ist für unsere Zwecke ohne Belang.

201 D. 46.1.16 §§ 1 u. 2 (Jul. 53 dig.); D. 46.1.49.2 (Pap. 27 quaest.).

202 D. 45.1.14.1 §§ 6-8 (Gai. 2 verb.obl.); D. 46.1.34 (Paul 72 ed.).

203 D. 46.1.8.11 (Ulp. 47 Sab.); D. 46.1.34 (Paul 72 ed.).

204 D. 46.1.8 §§ 9 u. 10 (Ulp. 47 Sab.); D. 46.1.38 pr. (Marc. 20 dig.).

205 Sacconi 150.

206 Talamanca 199 ff. 200 u. Fn. 160.

207 Quellen oben Fn. 204; dazu Talamanca 180 ff.; Sacconi 148 ff.

Marcell scheint das von Julian eingeführte Kriterium der *durior-levior condicio* nicht rundum abgelehnt und auf dem herkömmlichen Gegensatz *eadem-alia causa* beharrt zu haben²⁰⁸.

Vielmehr wollte Marcell das traditionelle System als zusätzliches Korrektiv dort benutzen, wo er auch nach Anwendung der *durior condicio* Regel die *idem*-Grenze verletzt sah²⁰⁹. Dies war immer dann der Fall, wenn der Bürge auf ein anderes Erfüllungsobjekt verbindlich werden konnte als der Hauptschuldner. Als Beleg hierfür kann D. 46.1.38 pr. (Marc. 20 dig.) angeführt werden:

D. 46.1.38 pr. (Marc. 20 dig.)

Si Stichum aut Pamphilum stipulatus essem, utrum promissor voluisset, non possum fideiussorem ita accipere Stichum aut Pamphilum, utrum fideiussor vellet, quia futurum esset in eius potestate alium velle, quam reus voluisset.

Die Bürgschaft wird von Marcell hier deswegen für unwirksam gehalten, weil infolge der potentiell unterschiedlichen Wahlrechtsausübung die Konstellation eintreten könnte, daß die Bürgschaftsstipulation einen anderen Inhalt (z.B. Stichum dare) als die Hauptverbindlichkeit (etwa Pamphilum dare) hatte²¹⁰. Derselbe Gedanke stand Pate bei der in D. 46.1.8.8 überlieferten Note.

Demgegenüber scheint bei Julian der Gesichtspunkt der Akzesorietät den Grundsatz der Identität weitgehend zurückgedrängt zu haben. Ihr genügte in der Regel die Anwendung der *levior-durior* Regel. Daß es freilich auch zu Julians Zeiten noch Fälle gab, in denen eine Bürgschaft wegen Verstoßes gegen das *idem*-Erfordernis nichtig war, beweisen die allerdings an

208 Talamanca 188 Fn. 134.

209 So auch Frezza, a.a.O. 68 ff.; Talamanca 188 Fn. 134; unklar hingegen De Martino 114 ff.

210 So richtig allein Apathy, RIDA³ 18 (1971) 441 gegen Bonifacio, JURA 1 (1950) 288; ders. Novazione² 135 ff., Grosso, Obbligazione³ 177, Talamanca 191 ff., die allesamt die ratio decidendi in der verschiedenen Auffassung der Juristen von der Wahlschuld suchen.

der Peripherie liegenden Fälle D. 46.1.70.2 (Gai. 1 verb. obl.)²¹¹ und D. 46.1.42 (Jav. 10 epist.)²¹².

Der Versuch Marcells neben der Neuerung Julians den Überkommenen Grundsatz der Identität von Haupt- und Bürgenschuld zu behaupten, scheiterte; denn die späteren Juristen haben ausnahmslos die Regel der *durior condicio* ohne jede Einschränkung angewandt²¹³.

Wenn hier Marcell mit Hilfe der herkömmlichen Dogmatik eine Neuerung Julians korrigieren wollte, dann mag man seine Haltung, wie Sacconi²¹⁴ als 'posizione antistorica' bezeichnen, weil sie der Neuerung nicht vorbehaltlos zustimmte und mit ihrem Widerspruch erfolglos blieb. In Wahrheit aber ist gerade Marcells Standpunkt der "historische"; denn er ist es, der die geschichtlich gewachsene *idem*-Regel nicht ohne weiteres verabschieden will und ihre Brauchbarkeit neben Julians neuem Kriterium dartut.

211 Si reo in fundum obligato fideiussor in usum fructum accipiat, quaesitum est, utrum obligetur fideiussor quasi in minus, an non obligetur quasi in aliud. nobis in eo videtur dubitatio esse, usus fructus pars rei sit an proprium quiddam: sed cum usus fructus fundi ius est, incivile est fideiussorem ex sua promissione non teneri. Der Satz nobis - fin. ist sicher überarbeitet, berührt aber nicht die eingangs des Textes aufgeworfene Problematik. Die vorsichtigen Erwägungen, die Gaius anstellt, deuten darauf hin, daß die Lösung dieses Falles in klassischer Zeit kaum unumstritten gewesen sein dürfte. Zur Stelle Bretone, Nozione 169 u. Fn. 54 m.w.L.; Sacconi 148.

212 Si ita fideiussorem accepero: 'quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes?', non obligatur fideiussor, quia in aliam rem, quam quae credita est fideiussor obligari non potest, quia non, ut aestimatio rerum quae mercis numero habentur in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est. Auch hier liegt in dem letzten mit quia eingeleiteten Textstück eine Störung; zur Stelle Sacconi 147 m.w.L.; dazu noch B. Eckardt, Iavoleni epistulae (1978) 121 ff.

213 Besonders deutlich D. 46.1.34 (Paul 72 ed.). Dies gilt entgegen einer verbreiteten Meinung (De Martino 116 ff., Bonifacio, JURA 1, 290 ff., ders. Novazione² 139 ff.) auch für Ulpian; richtig: Talamanca 190, Sacconi 150. Der Fortgang des Fr. 8 in den §§ 8-10 steht im offenen Widerspruch zu Marcells Position in D. 46.1.38 pr.

214 Sacconi a.a.O. 150.

II. Als Ergebnisse können wir festhalten:

1. Kennzeichen der Marcellischen Juliankritik ist eine stärkere dogmatische Orientierung Marcells, die seine Ergebnisse sicherer ableitbar macht. Dem steht ein mehr topisches, d.h. unsystematisches Vorgehen Julians gegenüber, wobei das Hauptgewicht auf der Billigkeit des Ergebnisses liegt, während die Einordnung in die anerkannten Prinzipienzusammenhänge oft vernachlässigt wird. Paradigmatisch sind die unter den Nummern 1 bis 3 behandelten Texte²¹⁵, in denen die Entscheidung Julians dogmatisch nicht mehr begründbar ist und einseitig auf den Gesichtspunkt des Minderjährigen- bzw. Unmündigenschutzes abgehoben worden ist. In Nr. 4²¹⁶ hält Julian der ratio selbstbewußt die communis utilitas entgegen. Auch ein streng dogmatisch abgeleitetes Ergebnis verwirft er kurzerhand zugunsten einer in seinen Augen billigeren Entscheidung. Die traditionelle Dogmatik ist ihm kein unüberwindliches Hindernis, das einer einmal von ihm als richtig empfundenden Lösung entgegensteht. Geradezu revolutionär erscheinen die auf die Individualität des Sklaven abhebenden Entscheidungen Julians in Nr. 5²¹⁷, aber auch die Befürwortung der Aktivlegitimation des Nießbrauchers zur vindicatio servitutis²¹⁸ und die Konstruktion einer naturalis obligatio in Nr. 8²¹⁹. Dagegen beharrt Marcell hier wie dort auf den traditionellen Positionen, die in Nr. 5 und 8 zu einem anderen Ergebnis und in Nr. 6 zu einem nicht minder wirksamen, aber eben auch ohne Systembruch begründbaren Schutz des Usufruktuars führen. Ein scharfsinniger dogmatischer Einwand begründet die Korrektur der Noten Nr. 9²²⁰ und Nr. 11²²¹, während Traditionalismus schließlich durch die

215 Nr. 1: D. 4.4.11.5 (Pal. Jul. 634); Nr. 2: fr. arg. 12;
Nr. 3: D. 42.4.3 pr. (Pal. Jul. 630).

216 D. 9.2.11.3 (Pal. Jul. 821), oben I, 4.

217 FV 75.3, oben I, 5.

218 Nr. 6: D. 7.6.1 pr. (Pal. Jul. 102); oben I, 6.

219 D. 34.3.5.2 (Pal. Jul. 481), oben I, 8.

220 D. 19.1.23 (Pal. Jul. 221), oben I, 9.

221 D. 7.1.25.1 (Pal. Jul. 498) oben I, 11.

Anmerkung Nr. 12²²² hindurchschimmert. Die Quelle Nr. 10²²³ veranschaulicht einmal mehr die Grundeinstellung beider Juristen zur juristischen Dogmatik. Während Marcell es bei dem durch konsequente Deduktion gewonnenen Ergebnis der Streichung des Sklavennamens als quasi falsum beläßt, und demnach den Miteigentümer Titius leer ausgehen läßt, gibt Julian sich hiermit nicht zufrieden. In Anlehnung an die Konstellation, daß der Erblasser dem Schreiber selbst zusammen mit Titius ein Vermächtnis ausgesetzt hat, will er auch den Fall der Einsetzung eines dem Schreiber und Titius gehörenden servus communis dahingehend lösen, daß von der Wichtigkeitsfolge des SC Libonianum lediglich der Anteil des Testamentschreibers am Vermächtnis, aber nicht der des Titius erfaßt wird. Die Entscheidung Julians, die im Ergebnis einleuchtet, ist allerdings dogmatisch nicht begründbar; denn die Fiktion des SC. Libonianum läßt keinen Raum für eine teilweise Berücksichtigung des dem servus communis ausgesetzten Vermächtnisses²²⁴.

2. In den meisten Fällen fand Marcellis Kritik Zustimmung bei den späteren Juristen, insbesondere bei Ulpian²²⁵. Lediglich in den Texten Nr. 2²²⁶, Nr. 5²²⁷ - in Nr. 5 befindet er sich in Übereinstimmung mit Celsus, Maurician und Pomponius - und Nr. 12²²⁸ vermochte er sich nicht durchzusetzen. Sicher wohl war es seine dogmatische Konsequenz, die ihm diese breite Zustimmung eingebracht hat. Denn nur seine dogmatisch kontrollierte Jurisprudenz erlaubte die Ausbildung weitgreifender Teilsysteme oder besser: Übersichtlicher Prinzipienzusammenhänge. Die Unbefangenheit Julians bei der Findung und Formulierung seiner Ergebnisse mußte immer wieder zu Ausbrüchen aus den dogmatisch vorgegebenen Schranken führen. Wenn dies

222 D. 46.1.8.8 (Pal. Jul. 710), oben I, 12.

223 D. 48.10.14.1 (Pal. Jul. 835), oben I, 10.

224 Vgl. oben I, 8.

225 Oben Nr. 1; Nr. 3; Nr. 4; Nr. 6; Nr. 8; Nr. 10.

226 Fr. arg. 12 (Ulp. 3 disp.).

227 FV 75.3 (Ulp. 17 Sab.).

228 D. 46.1.8.8 (Ulp. 47 Sab.).

letzten Endes nicht auf Kosten der Rechtssicherheit ging, so war es vor allem auch Marcell's Verdienst, dessen Kritik an Julian eben dort ansetzte, wo dieser den gesicherten Boden herkömmlicher Dogmatik allzu unbekümmert verließ²²⁹.

Marcell fehlt zwar dort, wo er der dogmatisch gesicherten Falllösung den Vorzug gibt und Julians Entscheidungen korrigiert, die unbefangene und oft bestechende Großzügigkeit des Meisters, an dem er sich mißt. Seine Leistung ist darum nicht geringer einzuschätzen. Denn erst die Einbindung neuer Initiativen in die historisch gewachsene Dogmatik sichert ihnen Wirkung und Fortbestand.

3. Ein weiteres kommt hinzu. Wie wir im 5. Kapitel²³⁰ dargelegt haben, deutet ein nicht unwesentlicher Teil der uns erhaltenen Noten darauf hin, daß Marcell mit dem Notenwerk Lehrzwecke verband. Der stark theoretische Charakter²³¹ der im 6. Kapitel behandelten Noten stützt diese Vermutung. Die Kunst der Juristen bestand damals wie heute in der Beherrschung der Prinzipienzusammenhänge. Marcell's Rückführung der Entscheidungen Julians auf solche Teilsysteme kann auch mit didaktischen Zielsetzungen zusammengebracht werden. Der Rechtsschüler soll vor dem Forum gesicherter Dogmatik Julians häufig unkonventionelle Begründungen überprüfen. Es überrascht daher nicht, wenn es Marcell nicht immer gelingt, den Eindruck schulmeisterlichen Besserwissens zu vermeiden.

Eine sichere Aussage über die Wechselwirkung von betont dogmatischer Orientierung und Lehrzwecken der Noten wird man

229 Eine Gefährdung der Rechtssicherheit durch Julians unorthodoxe Methode scheint Bund, Untersuchungen zur Methode Julians, cit. S. 182 zu unterschätzen.

230 Zusammenfassend § 5 IV.

231 Vgl. besonders oben Nr. 12,; dort kritisiert Marcell nicht das Ergebnis, sondern nur die Begründung Julians. Ähnliches gilt für Nr. 6, wo sowohl Julian als auch Marcell von der Schutzbedürftigkeit des Nießbrauchers ausgehen, diesen Schutz aber auf unterschiedliche Weise verwirklichen.

allerdings erst nach einer gründlichen Untersuchung der weiteren Marcelluswerke, insbesondere seiner Digesten, machen können.

4. Unser Befund deckt sich auffallend mit den Kriterien, von denen Stein²³² und D. Liebs²³³ annehmen, sie seien für die Prokulianer kennzeichnend. In der Tat stehen stärkeres Methodenbewußtsein, sicherere Ableitbarkeit der Lösungen bei Marcell einer opportunistischen, ohne größere Teilsysteme arbeitenden Entscheidungsfindung Julians gegenüber. Hieraus jedoch zu schließen, Marcell sei ein Anhänger der prokulianischen Schule gewesen²³⁴, ist aus zwei Gründen nicht unproblematisch: Zum einen würde auch jeder andere sabinianische Jurist sich deutlich von Julian dadurch abheben, daß er stärker am Herkömmlichen festhält und "Ausreißer", wie sie sich bei Julian finden, dadurch vermeidet. Kein anderer fühlte sich so frei von dogmatischen Zwängen wie Julian. Fällt die starke dogmatische Orientierung Marcellis auch im Vergleich zu anderen Juristen - beider Schulen - aus dem Rahmen des Üblichen, so muß man damit rechnen, daß dies mit dem oben erwähnten Lehrzweck zusammenhängt und demnach nicht schulspezifisch ist. Desweiteren kann man die Frage nach dem springenden Punkt der Schulgegensätze auch nach den neueren Arbeiten²³⁵ nicht als geklärt betrachten²³⁶. Immerhin wird man die Ergebnisse von

232 The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate, in Cambridge Law Journal 32 (1972) 8 ff.

233 Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, ANRW II, 15 (1976) 197 ff., insbes. 279 ff.

234 Zum Problem der Einordnung des Marcell in die *diversae scholae* vgl. schon oben S. 27 ff.

235 Stein, a.a.O., S. 8 ff.; Liebs, oben Fn. 233; Behrends, *Les veteres et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République* RHDFE 4 55 (1977) 23 ff.; zur älteren Literatur vgl. den Überblick bei Liebs, op. cit. 278 ff.

236 Wieacker, Juristen im Prinzipat, Besprechung von ANRW II, 15 (1976) in SZ 94 (1977) 338, der dem methodischen Vorgehen von Liebs zustimmt und dessen Ergebnisse immerhin als erste Arbeitshypothesen gelten lassen will, denen vor weitergehenden Festlegungen den Vorzug zu geben sei. Siehe auch die Besprechung desselben Werkes von Talamasca, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in Bull. 80 (1977)

Stein und Liebs als erste Arbeitshypothesen gelten lassen müssen²³⁷. Wenn nach den hier gewonnenen Einsichten Marcell überhaupt einer Schulrichtung zugeordnet werden könnte, dann der prokulianischen.

195 ff., insbesondere 319 ff., der gegen die Verengung des Blickfeldes auf die überlieferten Schulgegensätze und fehlende Berücksichtigung der ideologischen Hintergründe und Juristenpersönlichkeiten Bedenken hat.

237 Wiesacker, oben Fn. 236.

§ 7 Ansätze zur Rechtsfortbildung in den Noten

Neben den in § 5 behandelten "erklärenden" und den "korrigierenden" oder "einschränkenden" Noten, die Gegenstand des § 6 waren, enthalten die Quellen eine dritte Art von Anmerkungen. In den Noten dieser Kategorie finden sich durchweg Ansätze zur Rechtsfortbildung. Marcell's Kritik führt hier nicht zu einer Limitierung der Lösungen Julians, sondern im Gegenteil zu einer quantitativen oder qualitativen Erweiterung der julianischen Entscheidungen. Dies ist bisher gemeinhin übersehen oder zumindest in seiner Bedeutung für das Gesamtwerk verkannt worden¹. Nachdem die Analyse der in § 6 untersuchten einschränkenden Noten eine besonders ausgeprägte dogmatische und traditionalistische Orientierung Marcell's ergeben hat, stellt sich die Frage, ob bei den "rechtsfortbildenden" Noten eine ähnliche methodische Ausrichtung Marcell's auszumachen ist. Traditionalismus und betont dogmatische Orientierung scheinen den Spielraum für eine Rechtsfortbildung stark einzuengen. Um so mehr muß überraschen, daß wir immerhin fast zwei Dutzend Noten haben, in denen das Bemühen um die Weiterentwicklung und Verfeinerung des Rechts deutlich auszumachen ist. Hierfür sind zwei Erklärungen denkbar: Entweder war Marcell das eigene Methodenbewußtsein kein Hemmschuh für eine als notwendig empfundene Rechtsfortbildung, vermochte er das Recht systemimmanent fortzuentwickeln. Oder aber, er mußte zugunsten eines wünschenswerten Ergebnisses seine feste dogmatische Orientierung lockern. Im letzten Fall müßten wir in der Tat die Inkonsistenz Marcell's mit dem einem Adnotator eigenen Widerspruchsgeist² oder mit der Profilierungssucht eines noch jungen Juristen³ erklären. Sprechen schon allgemeine Erwägungen gegen die Annahme, die Noten seien ein Frühwerk des Marcellus⁴, so wird darüber hinaus die Einzelexegese der hierher gehörenden Quellen ergeben, daß zwischen ihnen

1 Vgl. oben § 6 am Anfang und dort Fnn. 2 bis 6.

2 Vgl. oben § 6 am Anfang und Fn. 6.

3 Deutlich tritt eine solche bei Pauls Noten zu Labeos Pithana zutage, siehe hierzu statt aller Fitting, *Alter und Folge*² (1908) 89.

4 Oben § 4 II.

und den limitierenden Noten im 6. Kapitel kein methodischer Bruch festzustellen ist. Auch die Rechtsfortbildung durch Marcell bewegt sich in den sicheren Bahnen der historisch gewachsenen Prinzipienzusammenhänge. Nur in ganz wenigen Fällen werden Äquitas und ~~Zu~~erwägungen mit zur Begründung eines Ergebnisses herangezogen⁵. Aber auch hier haben diese Topoi meist nur Aushilfsfunktion neben gleichfalls vorhandenen dogmatischen Begründungsketten.

Rechtsfortbildung ist stets verbunden mit Originalität. Das Originelle wird aber bei einem Juristen, der so fest in der Tradition des Überkommenen steht und so hartnäckig auf dogmatischer Ableitbarkeit der Ergebnisse pocht wie Marcell, nicht so deutlich sichtbar. Daß es dennoch auch bei ihm vorhanden ist, werden die Einzeluntersuchungen im folgenden zeigen. Freilich ist die Originalität des Marcellus nicht mit der Julians vergleichbar. Sie beschränkt sich zumeist auf Lösungen im kleinen Bereich, in Detailfragen, und ist immer eingebunden in größere Prinzipienzusammenhänge. Damit wird sie zugleich aber auch berechenbar. Schlägt die methodische Selbstdisziplin Marcells harmonisch eine Brücke vom Hergebrachten zum Neuen, tritt zwangsläufig das Neue und Originelle als gleichsam der letzte Schritt einer kontinuierlichen Entwicklung weniger deutlich hervor.

Ob Marcell immer der Urheber der in seinen Noten vertretenden Rechtsneuerungen war, läßt sich nur feststellen, wenn die einzelnen Noten in die Problemdiskussion der anderen Juristen eingeordnet und die Entwicklungsgeschichte der Probleme oder Institute berücksichtigt werden. Nur auf diese Weise wird man Zufälligkeiten der Überlieferung soweit wie möglich ausschalten können. Wir werden sehen, daß Marcell sich nirgends damit zufrieden gab, Julian lediglich die Neuansätze anderer Juristen entgegenzustellen. Vielmehr finden wir überall eigene gedankliche Leistungen, die freilich an die Vorarbeiten anderer Juri-

5 D. 29.2.40, D. 29.2.42 pr. (Beide Ulp.-Marc. 4 disp.); D. 36.1.3 pr. (Ulp.-Marc. 3 fid.); D. 37.4.17 (Ulp.-Marc. 35 ed.); D. 5.1.75 (Jul.-Marc. 46 dig.), - hierzu unten § 8.

sten anknüpfen. Durch vorsichtige Erst-recht-Schlüsse (I), vielfach aber auch scharfsinnige dogmatische Verfeinerungen und Differenzierungen (II) sowie eigenwillige Interpretationen von Rechtsgeschäften (III) und Gesetzen (IV) gewinnt Marcell die Grundlagen seiner Rechtsneuerungen.

I. Rechtsfortbildung durch vorsichtige Anlehnung an gleichgelagerte Fälle begegnet uns in den Noten Pal. Jul. 406 und Pal. Jul. 405. Hier wie dort ist uns lediglich die vom Kontext getrennte Anmerkung überliefert.

1. D. 39.6.15 (Jul. 27 dig.) = Pal. Jul. 406

Marcellus notat: cum testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filii familias milites liberam facultatem, credi potest ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent. Paulus notat: hoc et constitutum est et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.

Bekanntlich kann von den Hauskindern nur der filius familias miles durch Testament über sein peculium castrense verfügen⁶. Marcellus leitet hieraus als erster die Befugnis auch zur Schenkung von Todes wegen ab⁷. Durch Analogieschluß kommt er

6 UE 20,10; Biondi, Successione² 88 ff.

7 Dagegen folgert Appleton, Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrens et la date des digesta de Julien, in NRH 35 (1911) 597 ff., aus dem cui velint, Marcell sei es nicht um die Frage gegangen, ob der Haussohn von Todes wegen schenken dürfe, sondern vielmehr darum, wem er schenken könne und ob die Regeln des Militärtestaments auf die Schenkungen von Todes wegen auszudehnen seien. Jene erlaubten dem Soldaten auch Peregrine, Latiner, Caelibes, Orbi und Deportierte testamentarisch zu bedenken (Gai. 2,110; 111; Ulp. 45 ed. D. 29.1.13.2). Bei einem solchen Verständnis der Marcellusnote wäre die Beschränkung auf die gewaltunterworfenen Soldaten nicht erklärbar, weil der Status in diesem Zusammenhang keine Rolle spielt. Marcell spricht auch von einer libera facultas, um zu betonen, daß der filius familias in seiner Testamentserrichtung wirklich frei und unabhängig war, insbesondere keiner Einwilligung des Vaters bedurfte.

zu dem Ergebnis, daß in dem Privileg der Haussöhne, über das peculium castrense durch Testament verfügen zu dürfen, auch das Recht zur weniger weitgehenden⁸ donatio mortis causa enthalten sein müsse. Die Privilegierung allein des Soldatentestaments beruht auf Kaiserkonstitutionen⁹. Da Privilegien grundsätzlich keine Analogieschlüsse zulassen, zögerten die Juristen zunächst, diese Privilegierung auf andere Institutionen auszudehnen. Es überrascht kaum, daß gerade Marcell es war, der als erster für diese Neuerung eintrat. Denn erst als die Angleichung der donatio mortis causa an die Verfügungen von Todes wegen bereits vollzogen war¹⁰, konnte sie erwogen werden. Und wie wir sahen¹¹, war es gerade Marcell, der die Widerruflichkeit der donatio mortis causa in D. 39.6.13.1 nachhaltig betonte und damit diesen Prozeß der Angleichung energisch förderte. Zu einem Abschluß dürfte er jedoch erst unter Alexander Severus gekommen sein¹². Marcell's Lösung haben schon Ulpian¹³ und Paul bekräftigt, und aus Paul's Note wissen wir, daß sie inzwischen auch in Konstitutionen verfügt worden war.

Der zweite Halbsatz der Paulusnote wird zu Unrecht für interpoliert erklärt¹⁴. Die Widerruflichkeit der donatio mortis

Dagegen benötigte der Haussohn, der kein Peculium hatte, die Einwilligung des Vaters, wenn er schenken wollte (D. 39.6.25 Marci. 9 inst.). - Wie hier Di Paola, Donatio mortis causa (1950) 55; La Rosa, I peculii speciei in diritto romano (1953) 64 ff., 67; Simonius, Donatio mortis causa (1958) 12 ff., B. Lehmann, Das Eigenvermögen der römischen Soldaten unter väterlicher Gewalt, Diss. jur. Freiburg 1975 (im Druck) 93 ff.

8 In einem Militärtestament konnte auch Peregrine, Latiner, Caelibes, Orbi und Deportierte bedacht werden; Quellennachweise oben Fn. 7.

9 I. 2,12 pr.

10 Dazu Biondi, a.a.O. 710 ff.

11 Oben § 5 III, 1

12 CJ 6.50.5 (a 223); D. 39.6.42 (Pap. 13 resp.).

13 D. 39.5.7.6 (Ulp. 44 Sab.); D. 24.1.32.8 (Ulp. 33 Sab.).

14 Vgl. neben den im Ind. itp. aufgeführten Autoren noch Vismara, Storia dei patti successori I (1941) 115 Fn. 1; Di Paola a. a.O. 17 Fn. 24; Amelotti, La donatio mortis causa in diritto romano (1953) 218 Fn. 55; Simonius a.a.O. 129 ff.; Lehmann, a.a.O. 95 Fn. 1.

causa ist indessen schon dem klassischen Recht zuzuschreiben¹⁵ und Pauls Bemerkung auch nicht ohne Zusammenhang mit der Marcellusnote. Der Analogieschluß von der testamenti factio activa auf das Recht zur donatio mortis causa als einer weniger umfassenden Verfügungsbefugnis war nur möglich, wenn die donatio mortis causa den filius familias miles nicht stärker belastete als eine Verfügung von Todes wegen. Das von Marcell verwendete Argumentum a maiore ad minus setzte also die Widderruflichkeit der donatio mortis causa voraus. Gerade sie wird von Paul in seiner Anmerkung hervorgehoben.

Ob Julian die Möglichkeit einer Schenkung von Todes wegen durch den filius familias miles ablehnt oder aber Marcellus seine Anmerkung an eine beiläufige Bemerkung Julians zur Testierfähigkeit des kriegsdienstleistenden Haussohnes geknüpft hat¹⁶, ist nicht mehr festzustellen. Jedenfalls scheint auch für die Kompilatoren die Note Marcell's eine neue Entwicklung eingeleitet zu haben¹⁷. So erklärt sich ihre Isolierung vom Juliankontext, dessen Bedeutung offenbar hinter der der Note zurückblieb und seine Vernachlässigung rechtfertigte.

2. Einen entwicklungsgeschichtlich markanten Punkt setzte Marcell auch in:

D. 35.1.20 (Jul. 27 dig.) = Pal. Jul. 405

Marcellus apud Iulianum libro vicesimo septimo digestorum notat. . . .
Non dubitamus quin turpes condiciones remittendae
sunt: quo in numero plerumque sunt iurisiurandi.

¹⁵ Oben § 5 III, 1.

¹⁶ La Rosa, op. cit. 67 ff. Nach Lenel Pal. I 389 ff. hat Julian im 27. Buch lediglich die bonorum possessio ex testamento militis und ab intestato abgehandelt. Nach Fitting, Castrense peculium (1871) 96 hat Julian die Möglichkeit einer Schenkung von Todes wegen durch den filius familias miles abgelehnt.

¹⁷ Richtig Sciascia, Bull. 49/50 (1947) 474.

Steht eine letztwillige Verfügung¹⁸ unter einer sittenwidrigen Bedingung, so wird die Bedingung erlassen, die Zuwendung selbst aber aufrechterhalten. Diese Regelung lehnt sich eng an die Handhabung der *condicio iurisiurandi* an. Machte ein Erblasser eine letztwillige Zuwendung von der Leistung eines Eides des Bedachten abhängig, so sah das prätorische Edikt¹⁹ die Befreiung von der Eidesleistung semel in perpetuum²⁰, das heißt ab initio²¹, vor²². Juristenrecht war es hingegen, welches in bestimmten Fällen die Eidesbedingung in eine (gültige) Bedingung anderen Inhalts umdeutete²³.

18 Nur um eine solche ging es Julian im 27. Buch seiner Digesten, dessen Gegenstand die *bonorum possessio ex testamento militis* bildete (Lenel, Pal. I, 389 ff.).

19 D. 28.7.8 pr. (Ulp. 50 ed.). Dazu zuletzt Kaser, Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht (1977) 99 und Fn. 8 bis 14; dort auch die weitere Literatur. Den Rechtszustand vor Übernahme der Remission in das Edikt beschreibt Cicero, In Verrem II 1.47.123,124.

20 D. 28.7.8.8 (Ulp. 50 ed.); D. 36.1.65.9 (Gai. 2 fid.).

21 Dazu statt aller, Consentini, *Condicio impossibilis* (1952) 123 ff.; ins. 138 ff., 152, dessen Beschreibung der 'evoluzione storica' (151 ff.) wir allerdings nicht zustimmen können; hierzu sogleich im Text.

22 Die Befreiung von der Eidesleistung begründet Ulpian in der *laudatio* zu diesem Edikt (D. 28.7.8 pr.) mit der Mißachtung der Religion mancher Menschen, die aus Habgier jeden Eid schwören, sowie mit der übertriebenen Gottesfurcht anderer. Zur Authentizität der Ediktseinleitung vgl. Astolfi, La *condicio iurisiurandi* negli atti mortis causa, in SD 23 (1957) 289 ff.; jetzt auch Kaser (oben Fn. 19) 99 ff., anders noch derselbe, Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klass. römischen Recht, SZ 60 (1940) 143 ff. im Anschluß an Pernice, Labeo III, 1 (1892) 51 ff.; Beseler, Beitr. IV (1920) 142; Pringsheim, Beryt und Bologna, in Ges. Abhandl. 1 (1961) 436.

23 D. 28.7.8 §§ 6 u. 7 (Ulp. 50 ed.); D. 35.1.26 pr. (Jul. 82 dig.). A.A. Astolfi a.a.O. 270 ff., 290, der meint, die Konversion gehe vom Edikt aus. Daß es sich dagegen um ein Problem der Testamentsauslegung handelt, beweist D. 28.7.8.6 (Ulp. 50 ed.), Kaser, op. cit. (oben Fn. 19) 101 u. Fn. 20; richtig auch schon Messina Vitrano, La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi I, I negozi iuris civilis sotto condizione illecita (1922) 24 ff. = Ann. Per. 33 (1921) 606 ff.

Die sittenwidrigen Bedingungen wurden jedoch nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, vom Prätor, sondern von den Juristen im Wege der Interpretation remittiert²⁴. Gegen die Annahme eines generellen Erlasses steht schon die unterschiedliche Ausdrucksweise der Quellen. Während von der Remission **der condicio iurisiurandi** im Präsens²⁵ oder Perfekt²⁶ gesprochen wird, werden im Zusammenhang mit der **condicio turpis** das Gerundiv²⁷ oder Futur²⁸ gebraucht. Gerundiv und Futur deuten aber auf einen Erlaß im Einzelfall²⁹. Eine prätorische Remission von Fall zu Fall³⁰ wäre wohl im Edikt verheißen worden³¹. Von einer ediktalen Verheißung fehlt in den Quellen jedoch jede Spur. Von *remittenda est* (sc. *condicio*) oder von *condicio remittetur* kann nicht auf eine prätorische Streichung geschlossen werden³². Andererseits bezeugt uns Marcian D. 28.7.14 (4 inst.), daß bei gesetzes- und sittenwidrigen, beleidigenden und vom Prätor mißbilligten Bedingungen diese als *pro non scriptis*, das heißt, im Wege der Testamentsauslegung als zivilrechtlich unwirksam betrachtet wurden³³.

24 A.A. für prätorische Remission, Suman, *Appunti sulle condizioni turpi nel testamento romano*, in *Filangieri* 42 (1917) 44 ff.; Messina Vitrano, 34 ff.; Consentini 136 ff.; Voci, *DER II*² (1963) 802 ff.

25 D. 28.7.8.4 (Ulp. 50 ed.); D. 29.1.29.2 (Marc. 10 dig.); D. 36.1.65.9 (Gai. 2 fid.); D. 40.4.12 pr. (Ulp. 50 ed.).

26 D. 28.7.8.8 (Ulp. 50 ed.); D. 35.1.26 pr. (Jul. 82 dig.).

27 D. 35.1.20 (Jul.-Marc. 27 dig.); D. 28.7.9 (Ulp. 50 ed.); D. 7.8.8.1 (Ulp. 17 sab.); D. 38.17.2.44 (Ulp. 13 Sab.).

28 D. 35.1.71.1 (Pap. 17 quaest.).

29 Mezger, *Stipulationen und letztwillige Verfügungen contra bonos mores im klassisch-römischen und nachklassischen Recht*, Diss. jur. Göttingen 1929 S. 53 ff.

30 So Mezger 53 ff.

31 Kaser, oben Fn. 19 S. 103.

32 Vgl. D. 28.7.7 (Pomp. 5 Sab.); Kaser 103 ff.; 96 ff.

33 *Conditiones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem optinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut huius modi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur et perinde, ac si condicio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve.* - Vgl. auch PS 3.4b.2. Gegen die Klassizität des *pro non scriptis* habentur haben sich Mezger 63; Consentini 150; Grosso, I *Legati*² (1962) 442, Voci 804 ausgesprochen. Für Echtheit treten dagegen zurecht ein: Astolfi, op.

Die wenigen Quellen zu diesem Problemkreis stammen alle aus hoch- und spätklassischer Zeit. Marcell ist der erste Jurist, von dem wir wissen, daß er sittenwidrige Bedingungen gestrichen hat. Neben D. 35.1.20 wird dies durch D. 29.1.29.2 (Marc. 10 dig.) dokumentiert:

D. 29.1.29.2 (Marc. 10 dig.)

Edictum praetoris, quo iusiurandum heredibus institutis legatariisque remittitur, locum habet etiam in militum testamentis, sicut etiam in fideicommissis: idemque si turpis esset condicio³⁴.

Sowohl in D. 35.1.20 wie in D. 29.1.29.2 wird der Erlaß der condicio turpis von Marcell mit der remissio iurisiurandi in direkten Zusammenhang gebracht. Hieraus wird deutlich, daß die Behandlung der turpis condicio sich an die ediktale remissio der Eidesleistung anlehnte. Die Verbindung zwischen der Schwurbedingung und der sittenwidrigen Bedingung stellt Marcell in D. 35.1.20 her: quo in numero (sc. turpium conditionum) plerumque sunt etiam iurisiurandi. Wenn die meisten Eidesbedingungen auf ein unsittliches Ziel gerichtet sind und erlassen werden, dann liegt es nicht fern, auch die Nichtschwurbedingungen contra bonos mores zu streichen. Bei den Schwurbedingungen, deren Inhalt als solcher nicht anstößig war, hielt die Jurisprudenz durch Umdeutung die condicio ohne den Schwur aufrecht³⁵. Damit wurde die ediktale Remission der mit einem Eid zu bekräftigenden Bedingung auf diejenigen Fälle

cit. 466 ff.; Bund, Die Fiktion pro non scripto habetur, in Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. v. Lübtow (1971) 366; Di Salvo, Il legato modale in diritto romano (1973) 348 Fn. 77; Kaser, 103 ff. m.w.L.

34 Zur Stelle siehe Suman, a.a.O. 40 ff.; Messina Vitrano 34 ff.; Grosso 442 ff.; Voci DER II 802 u. Fn. 50; Bund 366; Kaser 102. Mezgers (54) Verdächtigung des idemque si turpis esset condicio stützt sich vornehmlich auf die exponierte Stellung dieses Satzes. Demgegenüber dürfte es sich hier lediglich um eine ungeschickte Kürzung handeln. Der Schlusssatz sollte sich lediglich auf das remitti, nicht aber das Edikt des Prätors beziehen - Richtig Kaser, oben Fn. 19, S. 102 und Fn. 22.

35 Quellen wie Fn. 23.

beschränkt, in denen der Bedachte ein *improbum* beschwören sollte. Im Grunde ging es den Juristen bei dieser Korrektur des Edikts nicht mehr nur primär um die Eidesleistung (Form), als vielmehr um das dem Schwur zugrundeliegende Versprechen (Inhalt)³⁶. Marcell hat nun diese Überlegung für die *condicio turpis* erstmals nutzbar gemacht. Da es kein die *condicio turpis* betreffendes Edikt gab, oblag dem *iudex* und demnach auch den Juristen die Lösung des Konfliktes. Im Wege der Testamentsauslegung bewältigte erstmals Marcell diese Aufgabe, indem er unter Beachtung des *favor testamenti* die sittenwidrige Bedingung strich und die letztwillige Verfügung im Übrigen aufrechterhielt. Anders als das verkürzte *Digestenfragment*³⁷ ist die später geschriebene Note ausgesprochen bestimmt: *Non dubitamus, quin turpes condiciones remittendae sunt*. Zusammen mit der Tatsache, daß die Quellen keine Andeutungen einer Kontroverse enthalten, sollte hieraus der Schluß erlaubt sein, daß Marcell's Neuerung rasch Anerkennung fand³⁸.

Bestechend ist die Herausarbeitung des *tertium comparationis* durch Marcell. Nicht so sehr im Zwang zur Ableistung des Eides als vielmehr in der Verwerflichkeit des dem Eid zugrundeliegenden Versprechens hat die *Iurisprudenz* die Legitimation zum korrigierenden Eingreifen gesucht. Der ediktale Erlaß der Schwurbedingung schoß demnach dort über das Ziel hinaus, wo ein *improbum* nicht in Frage stand. Führt aber die Korrektur der Juristen bei der *condicio iurisiurandi* zu einer Beschränkung der *remissio* auf die Fälle, in welchen mit dem Versprechen ein sittenwidriger Zweck verfolgt wurde, so war damit auch die Lösung der Fälle, in denen es lediglich um *turpes condiciones* ging, vorgegeben. Weil es eine entsprechende

36 Man braucht deshalb nicht die Echtheit der von Ulpian herührenden *laudatio edicti* in D. 28.7.8 pr. (oben Fn. 22) zu bezweifeln. Die Absicht des Edikts mag ursprünglich durchaus eine andere gewesen sein. Daß die Juristen mit ihrer Korrektur das Ziel des Edikts neu bestimmten, dürfte aber auch Ulpian nicht entgangen sein (D. 28.7.8 §§ 6 und 7). Der *laudatio* kommt daher nach der Absicht Ulpian's lediglich historische Bedeutung zu.

37 D. 29.1.29.2

38 Vgl. die Quellennachweise oben Fnn. 27, 28, 33.

Ediktsklausel nicht gab, konnte die remissio nicht im Amtsrecht des Prätors, sondern allein im ius civile, im Wege der Testamentsauslegung, geschehen.

Wie Julian die turpes condiciones behandelte, wissen wir nicht. Die Kompilatoren haben den Kontext der Note nicht in das Gesetzgebungswerk aufgenommen. Wie in D. 39.6.15³⁹ haben sie auch hier der Note einen höheren Stellenwert eingeräumt als dem julianischen Grundtext.

II. Feine Differenzierungen, beruhend auf scharfsinnigen dogmatischen Überlegungen, prägen die im folgenden zu erörternden Noten.

3. Wir beginnen mit der Exegese von

D. 16.1.8.2 (Ulp. 29 ed.) = Pal. Jul. 206

Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem eius, duas intercessiones factas Iulianus libro duodecimo digestorum scribit, unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem eius, et ideo et Primo restitui obligationem et adversus eum. Marcellus autem notat esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an vero quasi debitor delegetur, scilicet ut, si quasi debitor delegata est, una sit intercessio. proinde secundum hanc suam distinctionem in prima visione, ubi quasi debitor delegata est, exceptionem ei senatus consulti Marcellus non daret: sed condemnata vel ante condemnationem condicere utique ei a quo delegata est poterit vel quod ei abest vel, si nondum abest, liberationem.

Ulpian berichtet von einer Kontroverse zwischen Julian und Marcellus über den durch das SC Vellaeianum gewährleisteten

39 Oben I,1

Schutz der Frau. Dem Streit liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Frau interzediert für Secundus bei Primus und bald darauf für Primus bei dessen Gläubiger. Julian nimmt zwei Interzessionen an⁴⁰. Die eine liege in dem Eintreten für den Secundus beim Primus und die zweite in der Intervention zugunsten des Primus bei dessen Gläubiger. Daher seien, mittels *actiones restitutoriae*, sowohl die Obligation des Primus gegen Secundus als auch die Verbindlichkeit des creditor gegen den Primus wiederherzustellen.

Da sich aus Julians Entscheidung ergibt, daß aufgrund der Interzession der *mulier* die Verpflichtungen erloschen sind, ist anzunehmen, daß sie im einen wie im anderen Fall die Verpflichtungen der Schuldner novierende Stipulationsverbindlichkeiten übernommen hat.

Marcellus hingegen differenziert: Entscheidend sei, was die Beteiligten vereinbart hätten (*utrum hoc agatur... an vero...*). Sollte die Frau von Anfang an die Position des Primus gegenüber dessen Gläubiger übernehmen, dann lägen zwei Interzessionen vor. Dagegen wäre ein zweites Dazwischentreten zu verneinen, wenn sie von Primus als quasi *debitrix* angewiesen wurde.

Die Literatur hat sich mit der Erklärung dieser Stelle schwer getan⁴¹. Nach Last⁴² und Vogt⁴³ soll sich die Kontroverse auf die lediglich theoretische Frage nach der Anzahl der Interzessionen bezogen haben. Im Falle der *Passivdelegation* (*quod*

40 Ebenso D. 46.2.19 (Paul 69 ed.).

41 Zur älteren Literatur vgl. die Nachweise im Ind. itp. ad h.l., dazu Salkowsky, Zur Lehre von der Novation (1866) 400 ff.; Beseler, SZ 66 (1948) 275; Neuere Literatur: Vogt, Studien zum Senatus Consultum Velleianum (1952) 64 ff.; Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957) 92 ff.; Haeblerlin, Die Kausalbeziehungen bei der *delegatio*, in SZ 74 (1957) 136 ff.; Endemann, Der Begriff der *delegatio* im klass. römischen Recht (1959) 46 ff.; Sacconi, Ricerche sulla *delegazione in diritto romano* (1971) 104 ff., mit umfassenden weiteren Nachweisen; dazu die Rez. von Sturm, JURA 22 (1971) 260 ff., 267; Apathy, TR 42 (1974) 116 ff., derselbe zuletzt, *Animus novandi* (1975) 85 ff. und die Rez. hierzu von Harder, SZ 93 (1976) 409 ff.; 411.

42 Grünh. Z 37 (1910) 491 ff.

43 Oben Fn. 41 S. 64 ff.

Primus mihi debet mihi dari promittisne⁴⁴) leite sich die Einrede aus einer zweiten selbständigen Interzession her, während bei einer Aktivdelegation (quod Primo debes mihi dari promittisne) die exceptio noch aus der ersten Interzession bei Primus stamme und wegen der Form der Stipulation auch dem Schuldner des Primus entgegengehalten werden könne. Es ist aber kaum anzunehmen, daß die römischen Juristen sich mit einer so theoretischen Beschäftigung wie dem Zählen von Interzessionen aufgehalten haben⁴⁵. Im übrigen kommt diese Meinung ohne eine vollständige Streichung des mit proinde eingeleiteten Schlüssatzes nicht aus; denn hier wird berichtet, daß Marcellus der mulier die exceptio SCTi Vellaeani gegen den creditor Primi nicht gibt, sie vielmehr lediglich auf eine condictio im Valutaverhältnis gegen Primus verweist.

Die Verwechslung der beiden von Marcell erwähnten Fälle zeigt uns zwar an, daß der letzte Teil des Fragments überarbeitet ist⁴⁶. Was berichtet wird, ist jedoch klassisches Recht⁴⁷. Dies gilt auch für die hier erwähnte condictio liberationis⁴⁸.

Nach Mitteis⁴⁹, Haeblerlin⁵⁰ und wohl auch Beseler⁵¹ soll Marcell danach unterschieden haben, ob der Gläubiger die Interzession kennt oder nicht. Im letzten Falle (quasi debitorix

44 Zur Klassifizierung der Anweisung vgl. Sturm, *Observations Exégétiques sur Paul*, D. 46.2.12 (L. 31 ed. ed), in *St. Volterra I* (1971) 259; Kaser, *RP I* 2 § 152 III, 3a = 651.

45 *Righting Medicus a.a.O.* 94; *Sacconi* 105.

46 *Prima visio*ne müßte sich gerade auf die Alternative *ut ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat* beziehen. Die Variante *quasi debitorix* wird erst als zweiter Fall erwähnt. - Dazu vgl. schon *Salkowsky* S. 400 Fn. 35; *Lenel*, *Pal. II* 611 Anm. 1; *Medicus* 92.

47 *Sacconi* 106. A.a. -auf dem Boden überzogener Textkritik- *Vogt*, 65 Fn. 21; *Haeblerlin* 136 Fn. 132. Allerdings ist der letzte Satz gekürzt wiedergegeben. Bei wissentlicher Zählung einer Nichtschuld - auch diesen Fall haben *Marcell* und *Ulpian* wohl im Auge gehabt - konnte die mulier die condictio gegen den Primus nicht anstellen. Das Vorliegen eines Irrtums ist Voraussetzung für die Gewährung der Kondition; vgl. *Kaser I* 2 § 139 III, 1 Fnn. 35 u. 36 m.w.L. (= S. 596).

48 Siehe dazu *J.G. Wolf*, *Causa stipulationis* (1970) 153 ff.; anders noch *Medicus* 93.

49 *Grünh.Z* 17 (1890) 25 ff.

50 A.a.O. S. 137 ff.

51 *SZ* 46 (1926) 272; *SZ* 66 (1948) 275. Er "rekonstruiert" die Note in bekannter Manier: *Marcellus autem notat si Primo iubente creditor eius a muliere ita stipulatus erit 'quod Primo debes, id mihi dare spondesne?', una est intercessio (-). Das quasi debitorix delegata soll eine Mitteilung des Altgläubigers an den Neugläubiger bedeuten.*

delegata) stünde der Schuldnerin die exceptio SCTi Vellaeani nicht zu. Zwar trifft es zu, daß die exceptio SCTi Vellaeani nicht gegeben wurde, wenn der Gläubiger vom Interzessionszweck des Geschäfts keine Kenntnis hatte⁵². Es ist jedoch kaum anzunehmen, Marcell habe mit den Worten quasi debitor delegata den Fall, daß der Gläubiger den Interventionszweck nicht kannte, umschreiben wollen. Bei der Delegation als quasi debitor wird zwar die Interzessionsabsicht in der Regel nicht erkennbar sein; wenn aber Marcell hierauf hätte abheben wollen, dann hätte er dies wohl deutlicher zum Ausdruck gebracht⁵³. Darüber hinaus wird ja in der Begründung des Marcell ausgeführt, daß im Falle der delegatio quasi debitor "una intercessio" vorliege⁵⁴. Die Verweigerung der Einrede gegen den creditor Primi beruht also nicht - bei objektivem Vorliegen des Interzessionstatbestandes - auf der Unkenntnis des Gläubigers; vielmehr verneint Marcell bereits die Existenz einer objektiven Interzessionslage⁵⁵.

Während Medicus resignierend den Versuch einer Erklärung der Marcellusnote aufgegeben hat⁵⁶, sieht Sacconi⁵⁷ den Unterschied zwischen Julian und Marcellus darin, daß Julian sich auf die Novation beschränkt habe, während Marcell zwischen Novation und Delegation unterscheide. Die abstrakte Anweisung bewirke, daß die Einrede dem creditor Primi nicht entgegengesetzt werden könne. Dieser Auffassung, die durchweg auf Ablehnung gestoßen ist⁵⁸, muß vor allem entgegengehalten werden, daß sich auch Julian kaum auf die Novation beschränkt haben dürfte. In D. 46.2.19 (Paul 69 ed.) bekräftigt Paul gerade für einen Delegationsfall die Entscheidung Julians, was wiederum berechtigte Zweifel gegen die Reduzierung der Julianentscheidung auf die Novation aufkommen läßt.

Ähnlich meint auch Apathy⁵⁹, Marcell habe auf den in den Worten *utrum hoc agatur*⁶⁰ zum Ausdruck kommenden Novationswillen

52 D. 16.1.27 pr. (Pap. 3 resp.); 1.28.1 h.t. (Scaev. 1 resp.); Weitere Quellen bei Medicus 55 ff.; Talamanca, *Rez. Medicus*, Labeo 4 (1958) 102 ff.

53 Richtig Medicus 93,94; Sacconi 105.

54 Nämlich die zugunsten des Secundus bei Primus.

55 Das meint wohl auch Apathy 87.

56 A.a.O. S. 94; ebenso Sturm SZ 91 (1974) 461 u. Fn. 57.

57 A.a.O. S. 106.

58 Sturm, SZ 91 (1974) 461; Apathy TR 42 (1974) 118; ders. *Animus novandi* 88.

59 *Animus novandi* 85 ff.; 88 ff.

60 Die Wendung *utrum hoc agatur* - an vero ist gegen Beseler, SZ 46,272 klassisch; vgl. Pringsheim, *Id quod actum est*, SZ 78 (1961) 38,39; Gandolfi, *Studi sull' interpretazione degli atti negoziali in diritto romano* (1966) 133 ff.

der Beteiligten ab, um zwischen einer Novation mit Schuldnerwechsel und einer Verpflichtungsanweisung zu differenzieren. Dagegen hat Harder⁶¹ zu Recht eingewandt, das *utrum hoc agatur* - an vero unterscheide nicht danach, ob die Stipulation zwischen der Frau und dem creditor *Primi* novierende Wirkung habe oder nicht. Eine solche habe man in beiden Alternativen als selbstverständlich vorausgesetzt⁶².

Maßgebend für die Frage, ob eine oder zwei Interzessionen vorliegen, ist demnach für Marcell lediglich gewesen, ob die *mulier* durch die Novationsstipulation mit dem creditor von Anfang an nur die Schuld des *Primus* gegenüber dem creditor übernehmen, oder ob sie ihre - wenn auch durch *exceptio SCti Velleiani* entkräftete - Schuld gegenüber dem *Primus* tilgen wollte. Die zweite Möglichkeit umschreibt Marcell mit den Worten "*si quasi debitor delegata est.*" Bei der Delegation einer *debitrix mulier* steht dieser keine Einrede gegenüber dem neuen Gläubiger zu; denn durch die novierende Stipulation mit dem Neugläubiger hat sie sich gleichzeitig von der eigenen Verbindlichkeit gegenüber dem Anweisenden befreit:

D. 16.1.24 pr. (Paul l.s.interc. fem.)

*Debitrix mulier a creditore delegata pro eo cui delegata est promisit: non utetur exceptione*⁶³.

Marcell verneint eine *intercessio* sowohl in dem Fall, daß die *mulier* nicht weiß, daß ihre Schuld gegenüber *Primus* mit der

61 SZ 93 (1976) 411.

62 Zur novierenden Wirkung der Verpflichtungsanweisung vgl. Kaser, RP I² § 152 III, 3 a (= S. 651 ff.).

63 Dasselbe besagt auch CJ 4.29.2 (Caracalla a.213): *Frustra senatus consulti exceptione quod de intercessionibus feminarum factum est, uti temptasti, quoniam principaliter ipsa debitor fuisti. Eius enim senatus consulti exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem eius intercessit: sin autem pro creditore suo aliis se obligaverunt vel ab eo se vel debitorem suum delegari passae sunt, huiusmodi senatus consulti auxilium non habent.* Hierzu Medicus 39 ff.; Sacconi 106 Fn. 166.

exceptio SCti Vellaeani behaftet ist⁶⁴ als auch im Fall ihrer Kenntnis. Weder bei der einen noch bei der anderen Alternative erfolgt der Abschluß der Stipulation zwischen der mulier und dem creditor Primi in der Absicht, die Schuld des Primus zu übernehmen. Vielmehr will die Frau stets eine eigene und gleichzeitig die Schuld des Secundus bei Primus bezahlen. Diese Behauptung bedarf keiner besonderen Erklärung, wenn die mulier die Einrede nicht kennt. Nicht von selbst versteht sich die Verneinung einer Interzession hingegen, wenn die Frau sich dem Gläubiger des Primus verpflichtet, obwohl sie weiß, daß ihre Schuld gegenüber Primus mit der exceptio SCti Vellaeani behaftet ist. Wie sich schon aus der ersten Interzession ersehen läßt, ging es der Frau um den Schutz des Secundus. Dieser war aber durch die erste Schuldübernahme wegen des Verstoßes gegen das SC Vellaeantum nicht gewährleistet. Primus stand gegen Secundus nunmehr eine actio restitutoria zu, die den Zweck der Interzession, nämlich dem Secundus einen Zahlungsaufschub zu gewähren, vereitelte. Durch die Stipulation gegenüber dem Gläubiger des Primus, in welcher die mulier dasjenige versprach, was sie Primus schuldete, wurde die einredebehaftete Verbindlichkeit gegenüber Primus getilgt, ebenso wie die novatorische Wirkung der Stipulation die Verbindlichkeit des Primus gegenüber seinem Gläubiger erlöschen ließ. Ist der Primus aber einmal befriedigt, so steht ihm eine actio restitutoria nicht mehr zu, der Secundus ist insoweit geschützt. Bezweckte also die Stipulation gegenüber dem creditor die Zahlung einer Verbindlichkeit des Secundus gegen Primus, so fiel eine solche nicht unter das Verbot des SC Vellaeantum; denn jenes betrifft nur Geschäfte, durch die der

64 D. 46.2.12 (Paul 31 ed.); D. 46.2.13 (Ulp. 38 ed.); dazu Schwarz, Die Grundlagen der Condictio, 235; Sturm, St. Volterra I 257 ff., 277 ff.; Apathy S. 90. Der angewiesene Nichtschuldner - wer sich auf einer peremptorische Einrede berufen kann, steht dem Nichtschuldner gleich, D. 46.2.12 - hat in Unkenntnis des Nichtbestehens seiner Schuld gegenüber dem Deleganten sich dem Delegatar verpflichtet. Da das Valutaverhältnis in Ordnung und lediglich das Deckungsverhältnis fehlerhaft ist, gewähren Paul und Ulpian dem Delegaten gegen den Deleganten eine condictio indebiti.

Interzedent Schuldner wurde⁶⁵.

Hat die Stipulation der Frau gegenüber dem Gläubiger des Primus die Tilgung der Verbindlichkeit des Secundus beim Primus zur Folge, so ist die Tatsache allein, daß die Frau hier objektiv die Position des Primus einnimmt, für Marcellus - anders als für Julian - nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr, ob die mulier im Deckungsverhältnis eine vermeintlich eigene Schuld oder aber eine fremde Verbindlichkeit ausserhalb der Dreierbeziehung delegant-Angewiesender-Anweisungsempfänger erfüllen wollte. Gegen die Klage des creditor steht ihr nur im ersten, nicht aber im zweiten Fall die exceptio zu. Im zweiten Fall muß sich die mulier an Primus halten. Mit der condictio kann sie entweder verlangen, was sie an Titius geleistet hat, oder, wenn sie noch nicht geleistet hat, Befreiung von ihrer Verbindlichkeit⁶⁶.

Die am Sinn und Zweck des SC. Vellaeianum orientierte, streng dogmatisch begründete Entscheidung Marcellus bedeutet eine echte Verfeinerung der julianischen Lösung⁶⁷, indem eine Interzession nicht schon durch das Auswechseln des Schuldners angenommen, sondern auf den von den Beteiligten verfolgten Zweck abgehoben wird.

4. Um eine Verfeinerung der Entscheidung Julians geht es auch in

D. 30.92 pr. (Jul. 39 dig.) = Pal. Jul. 532

Si fundum per fideicommissum relictum unus ex heredibus. excusso pretium secundum redditum eius fundi, mercatus sit propter aes alienum hereditarium praesente et adsignante eo, cui fideicommissum debebatur, placet non fundum, sed pretium eius restitui deberi. Marcellus notat: si fundum restituere malit heres, audiendum existimo.

65 D. 16.1.2.1 (Ulp. 29 ed.): ... de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent; - dazu Medicus 26 ff.

66 Zur Überarbeitung des letzten Teils des Fragments vgl. oben Fn. 46 - 48.

67 Bund, Untersuchungen zur Methode Julians, op.cit. 182 Fn. 41.

Zum Zwecke der Tilgung von Erbschaftsschulden hat ein Miterbe von der Erbengemeinschaft das einem Dritten fideikommissarisch hinterlassene Grundstück zu einem nach dem Ertrag des Grundstücks errechneten Kaufpreis erworben. Der Fideikommissar war beim Verkauf zugegen und siegelte die Kaufvertragsurkunde als Zeuge. Julian ist der Meinung, dem Fideikommissar sei nicht das Grundstück, sondern lediglich dessen Wert zu erstatten. Marcellus will es dem Erben (Erwerber) anheimstellen, ob er seinerseits nicht doch lieber das Grundstück herausgeben will.

Während Ferrini⁶⁸ das Fragment als Beleg für eine - ausnahmsweise - progressive Einstellung des Marcellus anführt, handelt es sich nach Beseler⁶⁹ um eine irrtümlich für eine Note des Marcellus gehaltene und als solche in den Text aufgenommene Glosse. Das ius variandi entbehre jeglicher Grundlage. Indessen hat die übrige Literatur gegen die Authentizität der Note keine Bedenken⁷⁰. D. 30.92.pr. reiht sich ein in eine Vielzahl von Fragmenten, welche eine erst von Justinian⁷¹ abgeschaffte Anomalie des römischen Rechts: die missio in rem im Fideikommißrecht betreffen. Sie diente dem Fideikommissar als Sicherungsmittel für die Realexekution des Fideikommißanspruchs. Nachdem der Fideikommißanspruch in der extraordinaria cognitio festgestellt war, konnte der Fideikommissar den Antrag auf Besitzeinweisung stellen, die ihm causa cognita durch Dekret erteilt wurde. Der obligatorische Anspruch des Fideikommissnehmers gegen den Erben auf Übertragung der fideikommissweise hinterlassenen Sache wird demnach unter bestimmten - von den römischen Juristen nicht einheitlich definierten - Umständen quasi verdinglicht, indem eine Einweisung in den Besitz⁷² der Sache, wenn sie sich bei einem Dritten befand, erfolgte.

68 Opere II (1929) 508.

69 Subsiciva (1930) 10.

70 Neben Ferrini (oben Fn. 68) siehe ebenso Salkowsky in Glücks Pandekten 49 (1889) 366 f; Impallomeni, L' efficacia del fedecomesso pecuniario nei confronti dei terzi. La in rem missio, in Bull 70 (1967) 10 ff.; 55 ff.; 59 ff.; Wacke, Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli, SZ 91 (1974) 260 ff.

71 CJ 6.43.1 (a. 529).

72 D. 31.89.7 (Scaev. 4 resp.); D. 36.4.11.1 (Hermog. 4 iur.ep.); D. 31.69.1 (Pap. 19 quaest.); D. 32.38 pr. (Scaev. 19 dig.); D. 30.109.1 (Afr. 6 quaest.); PS 4.1.15. - Lit.: Beseler, SZ 50 (1930) 66 ff.; Klingmüller SZ 44 (1924) 211 ff.; Levy, West Roman Vulgar Law (1951) 232; ausführlichst zuletzt Impallomeni (oben Fn. 70) 1 ff. Die Durchsicht der Quellen ergibt, daß die missio in rem zahlreichen Einschränkungen unterliegt, die sich einmal aus dem Besitzrecht des Dritten u. zum anderen aus den Umständen des Fideikommisses selbst ergeben. - Vgl. dazu grundlegend Impallomeni S. 58 ff.

Andererseits waren sich die römischen Juristen einig, daß der Fideikommißnehmer die Aktivlegitimation zur *missio in possessionem* verliert, wenn er der Veräußerung der fideikommitierten Sache zugestimmt hat und weitere Gründe hinzukommen, die die Veräußerung als gerechtfertigt erscheinen ließen⁷³. Diese enge Schrankenziehung konkretisierte die dem Erben auferlegte *fides*.

In D. 30.92 pr. wurde die Veräußerung des fideikommißweise hinterlassenen Grundstücks von Julian und Marcell gebilligt und damit der Anschluß der *missio in possessionem* festgestellt, weil neben der Zustimmung des Fideikommissars die *alienatio fundi* durch die Erbschaftsschulden objektiv gerechtfertigt und auch der Kaufpreis in einer ökonomisch nicht zu beanstandenden Weise ermittelt worden war.

Die Zustimmung des Fideikommissars zur Veräußerung des *fundus* führte allerdings nach beiden Juristen nicht zu einem völligen Verzicht des Bedachten auf das Fideikommiß. Da es sich um ein bedingtes, oder zumindest noch nicht fälliges Fideikommiß handelte - denn sonst gäbe die Veräußerung zum Zwecke der Tilgung von Nachlaßschulden unter Zustimmung des Fideikommissars keinen Sinn⁷⁴ - hat der Begünstigte vielmehr für den Fall des Bedingungseintritts oder der Fälligkeit in eine Abfindung mit dem Grundstückswert schlüssig eingewilligt (*pactum tacitum*).

Marcell modifiziert dieses Ergebnis durch eine auf sorgfältiger Interessenabwägung basierende abweichende Auslegung des *pactum tacitum*: Zwar könne der Fideikommissar nur das *pretium* von den mit dem Fideikommiß belasteten Erben verlangen. Er müsse jedoch auch eine Naturalrestitution durch den Erwerber (Miterben) gegen sich gelten lassen.

Die Entscheidung Marcellis bedeutet eine echte Verfeinerung und Fortentwicklung des Rechts. Hat der Fideikommissar dadurch, daß er der Veräußerung zustimmte, zu erkennen gegeben, daß er

⁷³ D. 31.89.4 (Scaev. 4 resp.); D. 30.120.1 (Ulp. 2 resp.); CJ 6.42.11 (Gord. a. 241); - dazu Impallomeni 55 ff.

⁷⁴ Richtig schon Bartolus und Cuias, bei Salkowsky (oben Fn.70) 366 und Anm. 31; Wacke 261.

die Rechtsstellung des Erwerbers anerkennen wolle, würde er sich durch eine spätere petitio fundi in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten setzen. Andererseits ist er genügend geschützt, da ihm der Wert des Grundstücks zukommen werde, der auch nach einem sinnvollen Maßstab errechnet wurde. Dem Schutz des Erwerbers des Grundstücks (hier: unus ex heredibus) ist es nicht abträglich, wenn man ihm das - nicht erzwingbare - Recht zubilligt, durch Leistung des gekauften fundus die Fideikommißschuld, welche alle Miterben belastet, zu tilgen. Auch der Fideikommissar kann dagegen keine erheblichen Einwände vorbringen, weil er ja durch die Naturalrestitution gerade bekommt, was er nach dem Willen des Erblassers erhalten sollte.

5. Konsequente Rechtsfortbildung im Rahmen des herkömmlichen dogmatischen Gefüges betreibt Marcell in

D. 34.3.3.5 (Ulp. 23 Sab.) = Pal. Jul. 480

Utique autem legatarii habentur et in hoc casu. nam et si quod ego debeo Titio, sit ei legatum mei gratia, ut ego liberer nemo me negabit legatarium, ut et Iulianus eodem libro⁷⁵ scribit. et Marcellus notat utriusque legatum esse tam meum quam creditoris mei, etsi solvendo fuero: interesse enim creditoris duos reos habere.

Titius ist Gläubiger des Ego. Von einem Dritten wird ihm vermacht, was Ego ihm schuldet, damit Ego von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Julian, Marcellus und Ulpian sind sich darin einig, daß jedenfalls Ego Vermächtnisnehmer geworden ist. Außerdem will Marcell, dem Ulpian folgt, auch Titius als Bedachten ansehen. Seine Begründung: Es liege im Interesse des Gläubigers, zwei Schuldner zu haben⁷⁶.

-
- 75 Das eodem libro bezieht sich auf libro trigesimo secundo in lex 3 § 3 h.t. Dort muß es aber richtigerweise trigesimo tertio heißen, vgl. Lenel Pal. I 404 Fn. 2.
- 76 Die Stelle wird zu Unrecht von Mitteis, Zur Interpolationen-forschung, SZ 33 (1912) 203 und Beseler, Beitr. IV (1913) 3 ohne Begründung pauschal verdächtigt. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten (1887) 232 beschränkt seine Interpolationsvermutung auf das et in hoc casu als häufig interpo-

Der hier offensichtlich entscheidungserhebliche Gesichtspunkt spielt auch in anderen Auslegungsentscheidungen des Vermächtnisrechts eine Rolle⁷⁷. Wo allerdings der Wille des Erblassers eindeutig erkennbar ist, kommt er nicht in Betracht⁷⁸.

Die Position Julians ist ein weiteres Mal überliefert bei Ulpian in

D. 30.49.4 (23 Sab.)

Si Titio decem, quae ego deo legavero et rogavero eadem creditori praestare, fideicommissum quidem in creditoris persona non valet, quia nihil eius interest, heres vero potest cum legatario agere, quia ipsius interest, creditori solvi, ne eum conveniat: ergo propter hoc valebit legatum⁷⁹.

Ulpian, der in unserer Hauptstelle D. 34.3.3.5 ausdrücklich Marcell folgt, gibt hier wohl Julian wieder, den er offensichtlich in diesem Abschnitt seines Kommentars⁸⁰ zugrunde gelegt hat⁸¹.

lierte Wendung. Ohne Bedenken hingegen ist die neuere Literatur: Schulz, Die Lehre vom concursus causarum im klass. und justinian. Recht, SZ 38 (1917) 152 u. Fn. 2; Biondi, Successione testamentaria e donazioni² (1955) 449; Grosso, I legati² (1962) 62; Voci, DER II (1963) 819 Fn. 49; Astolfi, Studi sull' oggetto dei legati in diritto romano I (1964) 97 ff.; Santalucia, I legati ad effetto liberatorio (1964) 202 ff.; Bernasconi Il legato di debito nel diritto romano, SD 42 (1976) 39 ff., 48 ff.

77 D. 30.69.2 i.f. (gai. 2 leg. ed.pr.): filia habet actionem, cuius maxime interest indotem non esse; D. 30.49.4 (Ulp. 23 Sab.): quia nihil interest - Zu dieser Stelle sogleich im Text.

78 D. 32.11.22 (Ulp. 2 fid.): Der Erblasser wollte hier nicht den Steuerpächter, sondern einzig und allein den Steuerschuldner bedenken. Besonders deutlich ist das Verhältnis der beiden Auslegungskriterien Interesse des Bedachten und Erblasserwille in D. 32.11.20 (Ulp. 2 fid.): Plerumque enim multorum interesse id quod relinquitur verum testatorem uni voluisse honorem habitum, et est haec sententia Marcellus verissima.- Hieraus aber wie Santalucia 205 zu folgern, Marcellus' Einfluß auf die Herausarbeitung der contemplatio testatoris sei "estremamente evidente" scheint mir allzu kühn.

79 Ergo - fin. ist wohl ein Glossem, vgl. Astolfi I 111; Bernasconi 49, sowie die Nachweise im Ind. itp. ad h.l.

80 Zur Palingenesie des 23. Buches von Ulpian's Sabinuskommentar vgl. Lenel, Pal. II 1095.

81 Richtig Santalucia 203 Fn. 82; Astolfi I 98.

In D. 30.49.4 vermacht ein Schuldner dem Titius eine Summe Geldes in Höhe seiner Schuld beim Gläubiger und belastet ihn zugleich mit dem Fideikommiß, eben diese Summe an den Gläubiger zu zahlen. Nach Julian ist das Fideikommiß, was den Gläubiger angehe, unwirksam; quia nihil eius interest Fideikommissar sei lediglich der Erbe, dem daran liege, daß der Gläubiger vom Vermächtnisnehmer befriedigt werden.

Astolfi⁸² hat zurecht hervorgehoben, daß die Unwirksamkeit des Fideikommisses in D. 30.49.4 nicht in der Unmöglichkeit begründet ist, eine Forderung ohne die Mitwirkung des Gläubigers zu übertragen. Denn hier soll nicht der Schuldner ausgetauscht werden, vielmehr geht es darum, ob der Gläubiger nicht nur aus seiner ursprünglichen Forderung, sondern auch aus dem Fideikommiß klagen kann. Freilich kann er Befriedigung nur einmal verlangen. Das Fideikommiß ist allerdings auch hier nur wirksam, wenn es dem Bedachten einen Vorteil bringt⁸³.

Julian verneint dies in D. 30.49.4. Unter demselben Gesichtspunkt wird er den Fall in D. 34.3.3.5 entschieden haben. Dort lag zwar nicht ein legatum debiti im eigentlichen Sinne vor⁸⁴, jedoch ist die Interesselage in beiden Fällen die gleiche.

Das Legat brachte dem Gläubiger keinen Vorteil, wenn es ihm wieder nur eine Forderung gegen seinen Schuldner verschaffte. Auf dieser Überlegung beruht die Kritik Marcell's: Es liegt auf der Hand, daß für den Gläubiger ein zusätzlicher, wenn auch inhaltsgleicher Anspruch gegen einen Dritten von Interesse ist. Dies gilt nicht nur für den Fall, daß der ursprüngliche Schuldner zahlungsunfähig ist, sondern auch bei dessen Solvenz. Die Entscheidung Marcell's leuchtet auch dann ein, wenn die Insolvenzfälle außer Betracht bleiben. Auch ein zahlungsfähiger Schuldner kann unbequem sein. Während Julian bei der Beurteilung des Interesses nur auf den Inhalt des Legats sieht, berücksichtigt Marcell auch dessen weitere Auswirkungen für den Gläubiger.

82 A.a.O. S. 111.

83 D. 34.3.11 (Jul. 36 dig.); D. 35.3.1.10 (Paul l.s. leg. Falc.); D. 34.3.25 (Paul 10 quaest.); D. 31.66 pr. (Pap. 17 quaest.); D. 23.2.29 (Ulp. 36 Sab.); D. 31.82 pr. (Paul 10 quaest.); D. 34.3.28 §§ 10 und 13 (Scaev. 16 dig.); D. 35.2.5 (Pap. 8 resp.); D. 31.67 pr (Pap. 19 quaest.). - Zur Frage, wann ein Vorteil vorliegt, vgl. die exemplarische Zusammenstellung bei Biondi, a.a.O. S. 449 und Fnn. 4 u. 5.

84 Richtig Bernasconi a.a.O. S. 48.

Diese lebensnahe Auffassung hat nicht nur bei Ulpian Anklang gefunden. Schon Pomponius scheint ihr zu folgen, wo er, in D. 34.3.4 (7 Plaut.), das aus der Entscheidung Marcellus sich ergebende Konkurrenzverhältnis zwischen den beiden Legataren löst⁸⁵: Der Richter soll denjenigen, der mit der actio ex testamento klagt, zwingen, dem Erben Sicherheit dafür zu leisten, daß er ihn verteidigt und schadlos hält, sobald ihn der andere Legatar auch noch in Anspruch nimmt.

6. In D. 28.5.40 (Jul. 30 dig.) = Pal. Jul. 439 setzt Marcell dem dogmatisch scheinbar zwingenden, aber unbilligen Ergebnis Julians eine ebenfalls dogmatische, aber überzeugende Lösung entgegen. Der Kontext der Note ist in D. 28.5.38.5 erhalten: Zwischen den Juliantext und Marcellus Note haben die Kompilatoren eine Konkretisierung der Julianentscheidung aus Marcian eingeschoben:

D. 28.5.38.5

Cum venditor servum ante traditionem ab emptore pro parte heredem scriptum adire iubet, restituere coheredi servi necesse habet, quia lucrum facere eius servi iure quem vendidit non debet. plane non totum quod adquisierit restituet, sed pro ea dumtaxat parte, qua servus coheredem habuerit.

l. 39

Marcian libro secundo regularum id est partem dimidiam servi et quartam hereditatis.

l. 40

Libro trigesimo digestorum Iuliani Marcellus notat: immo et id debet praestari, quod consequi venditor non potuisset, si prius, quam adiret servus partem hereditatis, is traditus esset: quod est verum.

Der Käufer eines noch beim Verkäufer sich befindlichen Sklaven hat den bereits gekauften, aber ihm noch nicht übergebenen

85 Dazu Astolfi I 98 u. Fn. 120; Levy, Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen (1962) 34 ff.

und übereigneten Sklaven⁸⁶ als Miterben eingesetzt. Als der Käufer noch vor der Übergabe und Übereignung des Sklaven stirbt, tritt der Sklave auf Geheiß des Verkäufers die Erbschaft an. Julian entscheidet, daß der Verkäufer mit dem verkauften Sklaven keinen Gewinn machen dürfe. Dennoch müsse er nicht alles, was der Sklave ihm erworben hat, herausgeben, sondern nur, soweit der Miterbe zur Erbschaft gelangt ist. Marcellus geht darüber hinaus: Der Verkäufer müsse auch das herausgeben, was er nicht erlangt hätte, wenn er den Sklaven vor Antritt der Erbschaft übereignet hätte.

Bedenken gegen die Echtheit des Textes sind unbegründet⁸⁷. Restituere ...necesse habet ist kein Kriterium⁸⁸. Derselbe Ausdruck findet sich auch in D. 21.2.74.1 (Hermog. 2 epit.) sowie in D. 6.1.9 (Ulp. 16 ed.)⁸⁹. Darüber hinaus ist der Terminus restituere im Zusammenhang mit der actio empti erwiesenermaßen klassisch⁹⁰. Beseler kritisiert die Begründung: quia lucrum facere... non debet. Der Verkäufer soll keinen Gewinn machen dürfen und behält dennoch ein Viertel der Erbschaft. Die Quotelung sei durch keine ratio iuris erklärbar. Aber auch diese Einwände verfangen nicht. Im übrigen sind sowohl das Marcianfragment, welches die Julianlösung unmittelbar auf-

86 Traditio ist hier untechnisch i.S.v. Besitzübergabe zu verstehen. - Herzen, *Le produits de la chose et le possesseur de bonne foi*, in *Mélanges Girard I* (1912) 535 will der Stelle entnehmen, daß der Verkäufer selbst nicht Eigentümer des verkauften Sklaven ist, sondern bloßer (gutgl.) Besitzer. Für eine solche Sachverhaltsdeutung gibt indessen der Text nichts her.

87 Beseler, SZ 43 (1922) 431 streicht in l. 38.5 restituere coheredi - plane sowie quod adquisierit restituet, in l.39 et quartam hereditatis und rekonstruiert die Note wie folgt: immo si vivo emptore moram fecerit venditor, et id debet praestare (e) [i], quod consiqui (vendedor) non potuisset, si prius, quam adiret servus partem hereditatis, (is) traditus esset (:quod est verum). - Rechnitz, Studien, op. cit. 100 bemängelt ebenfalls das restituere ... necesse est sowie den Satz quia - habuerit. Die Marcellusnote hält er für eine Paraphrase.

88 Kübler, SZ 23 (1902) 516, in Rez. Ferrini, *Sulle fonti delle istituzioni di Giustiniano*, Bull 13 (1900) 107 ff.; ders, SZ 29 (1908) 485, in Rez. Siber, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz* (1907).

89 Die Verbindung necesse habet mit Infinitiv ist überaus häufig. - Vgl. VIR III Sp. 42/43.

90 Kaser, *Restituere als Prozeßgegenstand*² (1968) 40; Levy, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae*, SZ 36 (1915) 35.

nimmt, und die anschließende Marcellusnote, die eben die von Beseler bemängelte Inkonsequenz Julians korrigiert, die beste Gewähr für die Authentizität der Julianentscheidung. Aus welchem Grund hätten die Kompilatoren auch einen Meinungsstreit erfinden sollen!

Die Entscheidung Julians ist auch logisch nachvollziehbar: Durch den Antritt der Erbschaft erwirbt der Sklave dem Verkäufer, in dessen Gewalt er nach wie vor ist, seinen Anteil an der Erbschaft. Da Erbschaftsforderungen *ipso iure divisa sunt*⁹¹, wird die Forderung aus dem Kauf des Erblassers gegen den Verkäufer zwischen den Erben geteilt. Auf der Seite des Verkäufers sind Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner jedoch identisch, so daß Konfusion eintritt, während dem Miterben des Sklaven der Anspruch aus dem Kauf entsprechend seiner Erbquote bleibt⁹². Mit dieser Forderung kann er nach Julian - wie Marcian für den Fall der Erbeinsetzung zu gleichen Teilen präzisiert - vom Verkäufer verlangen: die Hälfte des Sklaven und die Hälfte der vom Sklaven dem Verkäufer erworbenen, also insgesamt ein Viertel der Erbschaft.

Wie Marcell vertritt auch Julian die Auffassung, daß die nach Abschluß des Kaufvertrages gezogenen Nutzungen dem Käufer gebühren⁹³ und hierzu auch die vom Sklaven erworbene Erbschaft gehört⁹⁴. Mit der formalen Argumentation Julians, der Käufer oder sein Erbe könne den gezogenen Gewinn herausverlangen, gibt sich Marcell nicht zufrieden; denn die Begründung Julians übergeht zum einen, daß der Sklave vom Käufer gerade als eigener zum Erben eingesetzt wurde⁹⁵ und zum anderen, daß die

91 D. 10.2.2.5 (Ulp. 19 ed.); l. 25.1 h.t (Paul 23 ed.); CJ 3.36.6 (Gord.)

92 So schon richtig die Glosse *is traditus esset ad h.l.; Cuius, Recitationes solemnes ad. h.l.*; Huschke, Ztschr. für Civilrecht und Prozeß 15 (1841) 294 ff.

93 D. 19.1.13.13 (Ulp. 32 ed.); PS 2.17.7; Pap. FV 2; gleichsam als Risikoprämie für das vom Käufer mit der Perfektion des Kaufes zu tragende *periculum pretii*. Hier wie dort ist die historische Nähe zum Barkaufprinzip evident.

94 Vgl. auch D. 19.1.13.18 (Ulp. 32 ed.).

95 Nach Ulpian (oben Fn. 94) hat der Verkäufer sämtliche Erbschaften und Vermächtnisse herauszugeben, ganz gleich *cuius respecta ista sint relicta*.

Reduzierung der *actio empti* des Erblassers durch eine dem Verkäufer nicht gebührende Fruchtziehung (Befehl zum Erbschaftsantritt des verkauften Sklaven) bewirkt wurde.

Marcell entscheidet⁹⁶ dahin, daß der Verkäufer dasjenige dem Miterben herauszugeben habe, was er nicht hätte erlangen können, wenn der Sklave vor Erbschaftsantritt übergeben worden wäre. In diesem Fall aber hätte er dem Verkäufer die Erbschaft nicht erworben und der Verkäufer wäre dem Miterben aus dem Kauf verpflichtet, den Sklaven zu übergeben und das ungeteilte Eigentum zu verschaffen. Der *coheres* bekommt danach nicht mehr, als er hätte, wenn der Sklave dem Käufer vor dem Erbfall übergeben worden wäre. Denn bei dieser Konstellation erwürbe der Sklave nicht etwa den gesetzlichen Erben den auf ihn geschriebenen Teil der Erbschaft, vielmehr fiel auch hier wegen des Grundsatzes *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*⁹⁷ die ganze Erbschaft an den Miterben.

Marcell gewinnt sein Ergebnis ohne Systembruch durch Interpretation der *bona-fidei*-Klausel der *actio empti*⁹⁸. Anders als Julian, der mit seiner Entscheidung dem eigenen Postulat (*quia lucrum facere non debet*) nicht gerecht wird, nimmt er dem Verkäufer tatsächlich jeglichen nach Maßgabe des Barkaufprinzips stets ungerechtfertigten Gewinn.

7. Eine vorsichtige Rechtsfortbildung schlägt Marcell in D. 15.3.14 (Jul. 12 dig.) vor. Der Juliantext ist uns von Ulpian überliefert in:

D. 15.3.13 (Ulp. 29 ed.)

Si in rem alterius ex dominis verum sit, utrum
is solus in cuius rem verum est an et socius

96 Ebenso die Kompilatoren: Quod est verum kann nur von ihnen stammen, nicht - wie Huschke 294 Fn. 1 meint, von Marcian. Das Marcianfragment ist von den Kompilatoren dazwischengeschoben worden.

97 Dazu Kaser RP I² § 159 II (= S. 677).

98 Insoweit richtig Beseler a.a.O.

possit convenire, quaeritur. et Iulianus scribit eum solum conveniri in cuius rem versum est, si-
cuti cum solus iussit: quam sententiam puto veram.

D. 15.3.14 (Jul. 12 dig.) = Pal. Jul. 205

Iulianus libro undecimo⁹⁹ digestorum. Marcellus notat: interdum et propter hoc quod in rem al-
terius socii versum est de in rem verso cum al-
tero agi potest, qui conventus a socio petere
potest id in quo damnatus fuerit. quid enim di-
cemus, si peculium servo ab altero ademptum fu-
erit? Paulus: ergo haec quaestio ita procedit,
si de peculio agi non potest.

Ein servus communis hat das, was er aus einem Verpflichtungs-
geschäft erlangt hat, zur Bereicherung des Vermögens einer
seiner Gewalthaber verwendet. Nach Julian, dem Ulpian zu-
stimmt, kann nur der bereicherte dominus und nicht auch sein
socius wegen des versum belangt werden. Marcell will eine
Ausnahme dann zulassen, wenn der bereicherte dominus das Pe-
culium, das er dem gemeinsamen Sklaven gewährt hatte, einge-
zogen hat und sein socius im Fall seiner Inanspruchnahme bei
ihm Regreß nehmen kann. In einer zweiten Note äußert sich
Paul zustimmend zur Lösung Marcells.

Beseler¹⁰⁰ und Gay¹⁰¹ bemängeln den Schlußsatz der Note: quid
enim - fuerit. Gay interpretiert den verbleibenden Rest der
Anmerkung dahin, daß Marcell im gleichen Falle wie Julian zu-
sätzlich geprüft habe, ob derjenige, der mit der actio de in
rem verso belangt worden war, sich an den socius halten könne.
Dagegen könne der Gläubiger mit der actio de in rem verso
auch nach Marcell nur gegen den bereicherten dominus klagen.

Diese Erklärung der Stelle, wonach es Marcell lediglich um
den Ausgleich im Innenverhältnis zwischen den Miteigentümern
gegangen sein soll, widerspricht dem klaren Wortlaut dem fr.
14, wo unmißverständlich ausgeführt wird, daß ausnahmsweise
auch gegen den anderen nichtbereicherten Miteigentümer wegen
des versum geklagt werden könne, wenn der so Belangte sich

99 Zur Korrektur der Inschrift von D. 15.3.14 in duodecimo
und zum Zusammen mit l. 13 h.t vgl. § 4 Fn. 6.

100 SZ 66 (1948) 350.

101 L' in rem versum à l' époque classique, in Varia II
(1956) 172 ff.

bei seinem socius erholen könnte. Auch in sprachlicher Hinsicht ist der Schlußsatz nicht zu beanstanden. Das Stilmittel der rhetorischen Frage wird von Marcell auch in anderen Anmerkungen benutzt¹⁰². Im Übrigen greift Paul in seiner präzisierenden Note gerade Marcell's Ausnahmefall auf um zu betonen, daß diese Problematik nur dann entstehen könne, wenn mit der actio de peculio (gegen den einziehenden dominus) nicht geklagt werden könne.

Gegen die Glosse¹⁰³ und gegen Bekker¹⁰⁴ ist es der bereicherte Miteigentümer, der das Pekulium einzieht¹⁰⁵. Nur dann nämlich trifft zu, was Ulpian in D. 15.3.1.1 (29 ed.) feststellt und worauf auch Paul in der Note anspielt; daß nämlich gegen den gutgläubig einziehenden dominus nicht mit der actio de peculio geklagt werden könne.

Nicht gefolgt werden kann auch der Interpretation, welche die Marcellusnote durch Baron¹⁰⁷ und von Tuhr¹⁰⁸ erfahren hat. Nach ihnen hat Marcell den Weg über den alter socius nur deshalb gewählt, weil die actio de in rem verso angeblich nicht unabhängig vom Bestehen eines Pekulium geltend gemacht werden könne. Diese Prämisse ist jedoch - wie die neuere Forschung gezeigt hat - unhaltbar¹⁰⁹. Die actio de in rem verso setzt die Erteilung eines Pekulium nicht voraus.

102 D. 4.6.41 (Jul.-Marc. 35 dig.), dazu oben § 5 II, 2; D. 48.10.14.1 (Paul-Marc. 42 quaest.), vgl. § 6 I, 10; D. 41.3.15 pr. (Paul-Marc. 15 Plaut.), dazu unten § 6 IV, 14.

103 Glosse ab altero.

104 Die Aktionen des römischen Privatrechts II (1873) 347.

105 Richtig Keller, Über Litiskontestation und Urtheil (1827) 552 ff., 554 ff.; Baron, Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozeß II (1882) 14 ff., 16 ff.; v. Tuhr, De in rem verso (1895) 240 ff.; Solazzi, Peculio e in rem versio nel diritto classico, in St. Brugi (1910) 203 ff. = Scritti Solazzi I (1955) 246 ff., 253, im folgenden zitiert nach Scritti.

106 Dieses Fragment wird von Niederländer, Die Bereicherungshaftung im klass. römischen Recht (1953) 46 Fn. 12 zu Unrecht verdächtigt. Insbesondere ist ein Widerspruch zu D. 15.3.5.3 (Ulp. 29 ed.) nicht ersichtlich, da in D. 15.3.1.1 das verum nicht wie in l. 5.3. hat in der Einziehung des Pekuliums liegt, sondern die Bereicherung in der Zuwendung einer anderen Sache gesehen wird.

107 Oben Fn. 105 S. 16 Fn. 6 und S. 17.

108 Oben Fn. 105 S. 240 Fn. 3.

109 Gay 166 ff.; Kaser RP I² § 141 Fn. 17 (= S. 607).

Welche Überlegungen der Marcellischen Entscheidung zugrunde liegen, soll folgender Rekurs verdeutlichen: Wie bereits dargelegt¹¹⁰, befürwortet Julian, dem Marcell soweit folgte, bei gemeinsamem Sondergut eine Haftung der Miteigentümer in *solidum peculium*¹¹¹, weil es ungerecht sei, in *plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit*¹¹². Solange der Vermögenswert sich im *peculium commune* befindet, kann man hinzufügen, daß er auch sämtlichen Eigentümern des Sklaven zugute kommen soll. Anders als dort hat jedoch in unserer Hauptstelle der *alter socius* von der Bereicherung des *consocius* keinen Nutzen. Gerade deshalb lehnt Julian eine Übertragung der Entscheidung in D. 15.1.27.8 auf den Fall in D. 15.3.13 u. l. 14 ab.

Anders Marcell. Haftet nach Einziehung des *Pekuliums* der bereicherte Miteigentümer nur noch mit der *actio de in rem verso* bis zum Betrag seiner Bereicherung und auch der andere Miteigentümer mit der *actio de peculio vel de in rem verso* gleichfalls nur auf einen durch das *Pekulium* oder die eigene Bereicherung begrenzten Betrag, so tritt hier genau das ein, was Julian in D. 15.1.27.8 mit der Solidarhaftung vermeiden wollte: Durch die Klage gegen den einen Miteigentümer wird auch die Klage gegen den anderen verbraucht; denn die Klagen gehen auf *eadem res*¹¹³. Der Gläubiger ist in derselben Lage wie in D. 15.1.32 pr. (Ulp. 2 disp.)¹¹⁴. Auch wenn er durch die In-

110 Oben zu D. 15.1.16 (Jul.-Marc. 12 dig.), § 5 II,5.

111 D. 15.1.27.8 (Gai 9 ed. prov.); weitere Nachweise oben § 5 Fn. 71.

112 D. 15.1.27.8, dazu Levy, Konkurrenz I (1918) 240 ff.

113 Levy, Konkurrenzen II 239.

114 D. 15.1.32 pr. = Fr. arg. § 1.

Si ex duobus vel pluribus heredibus eius, qui manumisso servo vel liberum esse iusso vel alienato vel mortuo intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in maiorem quam quantitatem eius peculii quod penes se habet qui convenitur condemnatur. idque ita Iulianus scripsit. idemque est et si in alterius rem fuerit versum, sed et si duo sint fructuarii vel bonae fidei possessores, alterum conventum alterum liberare Iulianus ait, quamvis non maioris peculii quam penes se est condemnari debeat, sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat ~~recessorium iudicium in eos dari~~, qui occasione iuris liberantur. (ut magis eos perceptio

anspruchnahme des einen Schuldners nicht völlig befriedigt wird, kann er sich wegen der Klagenkonsumption nicht an den anderen Schuldner halten. Hier zwingt die Billigkeit zu einer rescissio iudicii¹¹⁵. Dieser Umweg zu einem billigen Ergebnis wird in D. 15.1.27.8 durch die Haftung der socii in solidum peculium vermieden. Der Gläubiger eines gemeinsamen Sklaven kann einen Miteigentümer mit der actio de peculio über dessen Anteil am servus communis hinaus in solidum dumtaxat de peculio in Anspruch nehmen, da dieser im Regreßwege sich bei seinem socius erholen kann.

Aus den gleichen Gründen und in Anlehnung an diese Konstruktion empfiehlt Marcellus in D. 15.3.14 die Haftung desjenigen Miteigentümers, der mit der actio de peculio belangt werden kann, auch für das versum seines socius, wenn und soweit der Belangte mit der actio pro socio Regreß bei seinem Mitgesellschafter nehmen kann.

Nun wird aber das versum hier nicht immer dem anderen socius zugute kommen. So etwa, wenn der einziehende Miteigentümer nur dasjenige erhalten hat, was ihm nach dem Gesellschaftsvertrage ohnehin zusteht. Bei dieser Konstellation entfällt auch nach Marcellus eine Haftung des nicht bereicherten Miteigentümers. Die Kritik an Julian beschränkt sich demnach auf den Fall, daß dem socius gegen dem adimierenden Miteigentümer ein Regreßanspruch zusteht. Hier hebt Marcell auf den bereits von Gaius¹¹⁶ formulierten Gedanken ab, daß es unbillig sei, wenn ein Gläubiger sich plötzlich mehreren Schuldnern konfrontiert sieht, obwohl er nur mit einem - dem gemeinsamen Sklaven - kontrahiert habe. Schutzwürdige Interessen des belangten Miteigentümers werden infolge der von Marcell selbst gezogenen Schranken nicht verletzt.

quam intentio liberet) nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur. - Rekonstruktion unter Zuhilfenahme des fr. arg. § 1. Zum ganzen D. Liebs, Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht (1972) 256 ff.

115 Ebenso D. 15.1.47.3 (Paul 4 Plaut.).

116 D. 15.1.27.8 (Gai. 9 ed. prov.).

8. Den Anstoß für eine bedachtsame Weiterentwicklung des Rechts gibt Marcell in D. 19.2.41 (Ulp. 5 ed.) = Pal. Jul.24.

Der von Ulpian Überlieferte Juliantext ist uns in D. 13.6.19 (Jul. 1 dig.) erhalten

D. 13.6.19 (Jul. 1 dig)

Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?

D. 19.2.41 (Ulp. 5 ed.) = Pal. Jul. 24

Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.

Beide Fragmente befaßten sich nach der Palingenesie mit einem Problem im Zusammenhang mit der in ius vocatio, welches zur Erörterung der custodia Haftung Anlaß gab¹¹⁷. Weder der Wortlaut noch der Inhalt des betreffenden Edikts sind bekannt¹¹⁸. Fr. 41 ist von den Kompilatoren¹¹⁹ dadurch, daß es zur Ergänzung der l. 40 mit dieser verbunden worden ist, gekürzt worden. Unter Zuhilfenahme von Jul. D. 13.6.19 läßt sich jedoch der Sachverhalt rekonstruieren.

117 Lenel, Pal. I 321 (Jul. Nr. 24,25); ders. Pal. II 439 (Ulp. 272,273), ders. EP³ S.74,75; Feenstra, Deux textes de Gaius sur la responsabilité contractuelle: D. 19.2.40 et D. 4.9.5, in Mélanges Lévy-Bruhl (1959) 108; Wolff, Concerning the transmission of Julian's digesta, in Seminar 7 (1949) 75; Mayer-Maly, Locatio conductio, in Wiener rechtsgeschichtliche Abhandlungen IV (1956) 206.

118 Lenel EP³74.

119 Oder vielleicht schon vor ihnen? Die leges 40 und 41 folgen nicht der Blumnschen Ordnung. - Vgl. Feenstra 109 Fn.3; Mayer-Maly 14.

Julian verneint die Haftung des Kustodienten¹²⁰ für Sachbeschädigungen. Zur Begründung bedient er sich einer rhetorischen Frage: "qua enim cura aut diligentia consequi possumus ne aliquis damnum nobis iniuria det?" Marcellus schränkt unter Zustimmung Ulpians ein: Der Kustodient hafte bisweilen, wenn die Sache vor Beschädigung geschützt werden konnte, oder wenn der Wächter selbst sie beschädigt hat.

Beide Quellen waren bereits Gegenstand zahlreicher Untersuchungen¹²¹. Sie sind für die Entwicklungsgeschichte der

120 Stellvertretend für alle werden genannt: der entgeltliche Verwahrer sowie der Entleiher (D. 13.6.19). In l. 41 wird ebenfalls Bezug genommen auf den qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei in l. 40. Daß die Aussage der Stelle sich jedoch kaum auf die beiden genannten Personengruppen beschränkt, sondern generelle Bedeutung hat, ist h.M., vgl. Metro, L' obbligatione di custodire nel diritto romano (1966) 110 ff. u. Fn.53 (dort auch zur unpräzisen Terminologie). Zum Personenkreis der Kustodienten vgl. Gai. 3,205 ff.; Kaser RP I² § 118 III, 2 (= S. 508) - Mayer-Maly 205 streicht das aut utendum accipiunt als Zusatz eines nachklassischen Bearbeiters. Von der Echtheit dieser Phrase gehen dagegen ohne weiteres aus: Wubbe, Zur Haftung des Horrearius, in SZ 76 (1959) 517 ff.; Arangio-Ruiz, Responsabilità contrattuale² (1958) 165 ff.; Cannata, Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano I (1966) 62 ff.

121 Sie nehmen bei Cannata, Ricerche, zwei Kapitel (III S.61-84 und IV S. 85-118) und damit nahezu die Hälfte des Raumes seiner Untersuchung in Anspruch. Weitere Literatur: Pernice, Labeo 21 (1878) 352 ff.; Schulz, Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klass. römischen Recht, in Grünh.Z. 38 (1911) 36 ff. mit der älteren Lit.; ders., Einführung in das Studium der Digesten (1916) 47 ff.; Haymann, Textkritische Studien zum röm. Obligationenrecht, SZ 40 (1919) 194 ff.; Kunkel, Diligentia, SZ 45 (1925) 269 ff.; Vážný, Custodia, Ann.Pal. 12 (1929) 107 ff.; Buckland, Diligens paterfamilias, St. Bonfante II (1930) 99 ff.; Carrelli, La legittimazione attiva dell' actio legis Aquiliae, RISG 9 (1934) 411 ff.; Luzzatto, Caso fortuito (1938) 83 Fn. 3 u. 152 Fn. 1; Krückmann, Periculum emptoris, SZ 60 (1940) 18; ders., Versicherungshaftung im röm. Recht, SZ 63 (1943) 3,4; ders., Custodia, SZ 64 (1944) 52; Petropoulos, *ἱστορία καὶ εἰσήγησις τοῦ ῥωμαϊκοῦ δικαίου* (1944) 367 ff.; Pflüger, Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach röm. Recht, SZ 65 (1945) 203; Albanese, Studi sulla legge Aquilia, Ann. Pal. 21 (1950) 291 ff.; ders., D. 13.6.19 e D. 19.2.41 nel quadro dei problemi della custodia, St.Grosso I (1968) 79 ff.; Alzon, Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain (1965) 54 ff.; 74; De Robertis, Rez. Cannata, SD 33 (1967) 497 ff.; Cornioley,

custodia-Haftung von zentraler Bedeutung.

Heftig umstritten ist jedoch die Echtheit der beiden Quellen. So will Haymann¹²² unter Rückgriff auf die Scholien *ὑπερβάλλει* (Steph.) und *Βλαβήν* zu Bas. 13.1.19¹²³ die Entscheidung Julians in D. 13.6.19 durch Ersetzung des "non" durch "semper" in ihr Gegenteil verkehren¹²⁴. Wolff¹²⁵ hält die in den qua enim-Sätzen gegebene Begründung in ihrer überkommenen Gestalt weder für klassisch noch für tribonianisch¹²⁶, sondern für in den Text eingeflossene Randglossen frühnachklassischer Bearbeiter, welche allerdings den wesentlichen Inhalt des Originals wiedergeben.

Eine verbreitete Auffassung¹²⁷ ersetzt die in D. 19.2.41 bei Ulpian zitierte Marcellusnote durch die in D. 50.16.9 (Ulp. 5 ed.) gleichfalls von Ulpian überlieferte Anmerkung:

Marcellus apud Iulianum notat verbo 'perisse'
et scissum et fractum contineri et vi raptum.

Nach Schulz, Albanese und Mayer-Maly¹²⁸ beruhen die Differenzen zwischen Marcellus und Ulpian auf einer unterschiedlichen Interpretation des Wortes *perire*. Schulz¹²⁹ nimmt an, Marcell habe den Kustodienten, weil im *perire* sowohl ein *scissum* als auch ein *fractum* und *vi raptum* enthalten sei, für jede Art von Beschädigung und darüber hinaus gar für gewaltsame Entziehung haften lassen. Albanese¹³⁰ sieht die unterschiedlichen Stadtpunkte darin, daß für Marcell auch das *scindere* und *frangere* im *perire* enthalten sei, während die Haftung für *rapere*

Duo aspetti poco noti della custodia, Labeo 15 (1969) 207 ff., gleichz. Rez. Metro.; Hoffmann-Riem, Die custodia-Haftung des Sachmieters untersucht an D. 19.2.30.2, SZ 86 (1969) 400; Mac Cormack, Custodia and culpa, SZ 89 (1972) 171 ff.

122 A.a.O. S. 197.

123 Hb. 2, 21 = Schelt. BS II, 634.

124 Ebenso Vážný, Ann. Pal. 12, 107.

125 Seminar 7, 70 ff.

126 Zustimmend insoweit Wieacker, Textstufen, 176 Fn. 248.

127 Schulz, Grünh.Z. 38, 36 ff.; ders., Einführung 47 ff.; Albanese, Ann. Pal. 21, 291 ff.; ders., St. Grosso I 79 ff.; Mayer-Maly, Locatio conductio, 204 ff.; Metro, Custodire, 110 ff., 203 ff. Die genannten Autoren - mit Ausnahme von Metro - halten auch noch die Begründung Julians für unecht.

128 Oben Fn. 127.

129 Grünh.Z. 38, 38 Fn. 84.

130 Ann. Pal. 21, 298 ff.

zwischen Julian und Marcellus nicht umstritten gewesen sei. Das perire sei aber seinerseits wiederum Voraussetzung für die Haftung des Kustodienten gegenüber dem Eigentümer der Sache gewesen. Während Julian bei Beschädigung der Sache kein perire angenommen habe, da die res - wenngleich beschädigt - vom Kustodienten zurückgegeben werden konnte, habe Marcell die Sachbeschädigung unter den Begriff perire subsumiert und damit eine Haftung für custodia bejaht. Einen Beweis für die Richtigkeit seiner Interpretation sieht Albanese darin, daß Julian dem Kustodienten bei Beschädigung der Sache durch einen Dritten mangels eines eigenen Haftungsinteresses die actio legis Aquiliae versagt¹³¹ habe.

Die grundsätzlichen Bedenken gegen diese Auffassung hat Cannata¹³² bereits vorgetragen. Sie konnten auch nicht durch die Erwiderung Albaneses¹³³ ausgeräumt werden. Daß D. 50.16.9 die zu D. 19.2.41 gehörende Note sein soll, ist und bleibt unbewiesen. Daß beide Fragmente aus dem 5. Buche des ulpianischen Ediktskommentars stammen, besagt nichts, zumal man den Inhalt des Edikts, welches den Anlaß für die vorliegende Erörterung bildete, nicht kennt. Es wäre sehr gut dankbar, daß es in D. 50.16.9 um die Auslegung einer lex locationis ging. In diesen Fällen wurde schon von Alfen eine Haftung für Sachbeschädigungen durch Dritte befürwortet¹³⁴.

Dessen ungeachtet ist Voraussetzung für die Annahme, wonach D. 50.16.9 die wahre Note zu Julian sei, daß sich Spuren für eine Verfälschung des Inhalts von D. 19.2.41 und D. 13.6.19 finden lassen. Solche sind aber nach unserer Überzeugung nicht nachzuweisen¹³⁵. Stark wiegt das Argument, daß die Julianentscheidung in beiden - zu verschiedenen Massen gehörenden - Fragmenten mit den fast gleichen Worten wiedergegeben wird, was auf eine echte Substanz hindeutet¹³⁶. Die Beziehung des

131 D. 9.2.11.9 (Ulp. 18 ed.); arg. e contrario aus Gai.2,205.

132 A.a.O. S. 71 ff.

133 St. Grosso I (1968) 84 ff.

134 D. 19.2.29 (Alf. 7 dig.); D. 19.2.30 §§ 2 u.4 (Alf. 3 dig. Paul epi.) Zum ganzen Hoffmann-Riem, op. cit. 398 ff. Es mag sogar sein - so erwägend auch Wolff a.a.O. 74, Sciascia, Bull. 49/50 (1947) 449 ff. - daß Ulp. D.50.16.9 von derselben Note wie D. 19.2.41 stammt. Aber dies rechtfertigt noch nicht den Schluß, daß D. 19.2.41 die Kompilatoren oder nachklassische Bearbeiter die wahre Note, wie in D. 50.16.9 erhalten, durch eine eigene Erfindung anderen Inhalts ersetzt haben. Wenn beide Zitate zusammengehören, beziehen sie sich auf verschiedene Teile der Marcellusnote.

135 Wie hier halten beide Fragmente für genuin: Pernice, Labeo 21 352; Buckland 99; Arangio-Ruiz 165 ff.; Pastori, Il comodato nel diritto romano (1954) 137; Wubbe a.a.O. 516 ff.; Alzon, 54 ff.; Cannata, 61 ff.; Cornioley, Labeo 15 (1969) 208 ff.; Mac Cormack 173 Fn. 71.

136 Arangio-Ruiz 165; Greiner, Opera Neratii (1973) 90.

damnum in D. 13.6.19 auf nobis anstatt auf dominis ist bedingt durch die generelle und unpersönliche, aber dennoch sachlich einwandfreie Formulierung. Die Frage ist ersichtlich an den Leser gerichtet¹³⁷. Mag man auch das esse posse für schlechten Stil halten¹³⁸, so rechtfertigt dies ebensowenig eine Streichung wie der Konjunktiv Präsens des possit nach dem regierenden Verb potuit. Abgesehen davon, daß possit für posset sehr leicht auf einem Schreibfehler beruhen kann, ist es durchaus möglich, daß Ulpian den Konjunktiv Präsens im Hinblick auf das vorangehende ait gewählt hat; der Satz qua enim - possit ist nämlich ein Referat der Meinung Julians. Nicht zu übersehen ist trotz Mac Cormack¹³⁹ die Ersetzung der custodia durch cura aut diligentia in D. 13.6.9. Der Originaltext findet sich insoweit richtig bei Ulpian D.19.2.41¹⁴⁰.

Abgesehen von der sprachlichen Kritik wird von nahezu allen Kritikern ins Feld geführt, Julian könne nicht gesagt haben, daß durch custodia eine Schadenszufügung seitens eines Dritten nicht verhindert werden könne. Dieser Vorwurf läßt erkennen, daß Julians Begründung nicht richtig verstanden worden ist. Wenn Julian fragt: qua enim custodia consequi possumus ne aliquis damnum nobis iniuria det, dann befindet er sich in Übereinstimmung mit Neraz,

D. 19.1.31.3 (3 membr.)

Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen proprius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum profecit¹⁴¹.

137 Metro, Custodire 115.

138 Cannata 81 ff. führt es unter Hinzuziehung von Schol zu Bas. 20.1.39 = D. 19.2.40 u. 41 (Hb. 2,359 = Schelt. BS III, 1199) auf eine Kürzung der Marcellusnote durch die Kompilatoren zurück. Dies ist zwar durchaus möglich, aber mit dem Steph. Scholion kaum zu beweisen. Schon die Herkunft des Scholions von Stephanus ist äußerst zweifelhaft, vgl. De Robertis, SD 33 (1967) 500 ff.

139 SZ 89 (1972) 172 Fn. 70.

140 Es handelt sich hier um eine der bekannten byzantinischen Änderungen; Pernice, Labeo 2¹ 353; Heumann-Seckel, Handlexikon s.v.custodia; Kunkel, SZ 45,269 ff.; ders., in Jörs-Kunkel-Wenger, Röm.PrivatR³ (1949) 175 Fn.9; Vážný 107; Luzzatto 83 Fn.3; Petropoulos 367 ff.; Wolff 71; Krückmann, SZ 64, 52; Arangio-Ruiz 165; Metro 121; Cannata 68, Albanese, St. Grosso I 89; Kaser, RP I² § 118 Fn.23 (= S. 507).

141 Dazu Cannata 75 m.w.Lit.in Fn.57; Greiner, Opera Neratii 89ff.

Custodia nützt nach dem traditionellen Verständnis Julians und Neraz' nur gegen Angriffe clam (furtum) nicht aber gegen solche vi (rapina)¹⁴². Demgemäß ist der Kustodient nach Gai. 2,205 ff. nur zur actio furti aktiv legitimiert¹⁴³. Julian stellt seine Rechtsauffassung als procul dubio hin. Dennoch, so ganz unumstritten wird sie nicht gewesen sein, da Neraz eher abwägend (tamen proprius est) sich zu ihr bekennt. Neraz und Julian argumentieren: Da custodia nicht die Vorsorge gegen vis umfasse, könne sie auch ein damnum iniuria datum nicht verhindern. Die Argumentation ist formalistisch. Man braucht daher nicht, um die Stelle zu retten, die Unterstellung zu bemühen, in dem von Julian entschiedenen Fall sei der Schaden auch bei äußerster Sorgfalt nicht zu verhindern gewesen¹⁴⁴. Abzulehnen ist auch die Vermutung Cannatas¹⁴⁵, Julian habe lediglich ein ungenaues obiter dictum verkündet.

An die kategorische Ablehnung jeglicher Haftung des Kustodienten für Sachbeschädigungen knüpft die Anmerkung Marcellis an, die Julians Entscheidung einschränkt und den Umfang der custodia-Haftung erweitert: Kann die Sache vor Schaden geschützt werden, dann haftet der Kustodient, wenn sie trotzdem beschädigt worden ist. Darüber hinaus sei eine Haftung auch dann zu bejahen, wenn ein Wächter den Schaden angerichtet habe.

Pernice¹⁴⁶ und Alzon¹⁴⁷ sehen in der Note die Einführung eines subjektiven Moments in die Haftung und eine Hinwendung zur Verschuldungshaftung. Arangio-Ruiz¹⁴⁸ konstatiert zwar einen ge-

142 Insofern ist Albaneses Auffassung (Ann. Pal. 21,298 ff.), wonach Julian ebenso wie Marcell eine Haftung für rapina bejaht habe, unhaltbar. - Richtig Cannata, Ricerche 98 ff. u. Fn. 29.

143 Nach D. 9.2.11.9 (Ulp.-Jul.) auch nicht zur actio legis Aquiliae.

144 Wolff 75; Arangio-Ruiz 166. Auf die Fälle der vis maior scheint auch van der Bergh, Custodiam praestare, in TR 43 (1975) 68 u. Fn. 22 die Aussage Julians zu beziehen.

145 A.a.O. 80 ff.

146 Op. cit. 352 ff.

147 Problèmes 74 Fn. 377.

148 Op. cit 168.

wissen Verlust des streng objektiven Charakters der Haftung. Jedoch sei bei Marcell die Haftung unabhängig von der Person des Bewachers an der zu bewachenden Sache ausgerichtet. Auch Cannata¹⁴⁹ vertritt die Auffassung, Marcell's Kriterien seien keine subjektiven, sondern beruhten auf einer Abwägung der dem Kustodienten generell möglichen Aktivitäten. Dem kommt die Ansicht Wubbes¹⁵⁰ recht nahe, wonach *sive custodiri potuit* (sc. res) keine Reduzierung der Haftung auf Fahrlässigkeit bedeute, sondern vielmehr im strikten Sinne als diejenige Überwachung zu verstehen sei, die schlechthin jeden Beliebigen von der Sache fernhalte. Wer auf diese Weise die Sache wirklich zu überwachen vermag, verhindere eo ipso, daß ihr von dritter Seite ein Schaden zugefügt werde. Demjenigen, den eine solche Überwachungspflicht treffe, könne man im Falle der Beschädigung ohne weiteres einen Mangel in der Ausübung seiner Pflicht vorwerfen.

Arangio-Ruiz, Wubbe und Cannata treffen im Grunde den Kern der Marcell'schen Kritik. Die Formulierung: *sive* (sc. res) *custodiri potuit* hebt nicht auf die Anstrengungen des Kustodienten ab, sondern auf die Bewachbarkeit des Objekt. Handelt es sich um eine Sache, die wegen ihrer konkreten Bestimmung nicht unter Verschuß gehalten oder durch sonstige Vorrichtungen gesichert werden konnte, dann entfällt auch nach Marcell die Haftung (interdum!). Umgekehrt haftet der Kustodient, wenn solche Vorkehrungen nicht getroffen wurden, obwohl dies möglich war, auch für *damnum iniuria ab alio datum*. Nicht gefordert wird von Marcell, daß der Kustodient sich gegen die Anwendung von Gewalt zur Wehr setzt.

Als Indiz für die Echtheit der gesamten Note kann die Aufgliederung des Sachverhalts durch Marcell gewertet werden¹⁵¹. Entgegen der herkömmlichen Meinung¹⁵² ist *sive ipse custos damnum*

149 Op. cit. 85 ff.

150 A.a.O. S. 517.

151 Zur Sachverhaltsabwandlung und -aufgliederung in den Noten vgl. oben § 5 III.

152 Haymann, SZ 40, 196; Kunkel SZ 45, 27 Fn. 2; Albanese 296; Mayer-Maly 206

dedit nicht auf den Kustodienten zu beziehen. Vielmehr muß der Sachverhalt dahingehend aufgelöst werden, daß der Kustodient einen Wächter mit der Bewachung der Sache beauftragt hat¹⁵³. War der Wächter ein Freier, dann lag ein *damnum iniuria ab alio datum* vor¹⁵⁴ und der *custodia*-Pflichtige haftete ebenso, wie wenn die Sache von einem eigenen zur Bewachung abgestellten Sklaven beschädigt wurde.

Nachdem Marcell erstmals die Haftung für *custodia* in freilich eng begrenzten Fällen auch auf Sachbeschädigung ausgeweitet hatte, ließen die Spätclassiker den Kustodienten - vielleicht auch nur unter bestimmten Voraussetzungen - für Tierschäden haften und gewährten ihm dafür die *actio de pauperie*¹⁵⁵. Ulpian schließlich befürwortete die Haftung auch bei Raub der *res custodienda* und gewährte folgerichtig dem Kustodienten auch die *actio vi bonorum raptorum*¹⁵⁶.

9. Die Erweiterung der *actio quod metus causa* gegen redliche Dritte war Gegenstand der Kontroverse zwischen Julian und Marcell in

D. 4.2.9.8 (Ulp. 11 ed.) = Pal. Jul. 46

Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est: non immerito Iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in qua-

153 Zur Üblichkeit einer Wächterbestellung vgl. D. 13.6.5.14 (Ulp. 28 ed.); D. 14.3.11.6 (Ulp. 28 ed.); D. 37.9.25 (Ulp. 41 ed.); D. 1.15.3.2 (Paul l.s.off. praef. vigil.); D. 41.2.51 (Jav. 5 post.Lab.); CJ 4.65.4 (Alex. Sev. a.222). Wie hier im Anschluß an Krückmann, SZ 64,52 auch Cannata 74 ff.

154 Arg. e contr. aus D. 19.2.30.4 (Alf. 3 dig.) Paul epit.).

155 D. 9.1.2 pr. (Paul 22 ed.); dazu Cannata 97 ff.

156 D. 47.8.2 §§ 22-24 (Ulp. 56 ed.) I. 4.2.2; Cannata 98 Fn. 29; Metro, op. cit. 123.

druplum condemnari. sed est verius, quod Marcellus notat: etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.

Ein Bürge hatte durch Gewaltanwendung gegen den Gläubiger seine eigene Befreiung durch acceptilatio erreicht. Die acceptilatio bewirkte auch die Befreiung des Hauptschuldners. Nach Julian hat nur der Bürge die Forderung gegen den Hauptschuldner wiederherzustellen. Marcell hingegen läßt auch den Hauptschuldner selbst auf Restituion seiner Schuld haften.

Die Stelle wird gemeinhin verdächtigt, weil Julian und Marcellus angeblich aneinander vorbeiredeten. Julian verneine eine prätorische in integrum restitutio gegen den Hauptschuldner, wenn dieser durch die vom Bürgen dem Gläubiger abgenötigte acceptilatio auch von seiner Verbindlichkeit befreit worden sei¹⁵⁷, während Marcellus die Anwendung der actio quod metus causa, also judiziale Restitution, mit der Begründung bejahe, sie sei eine actio in rem scripta¹⁵⁸.

Gegen die Ansicht, daß Julian hier bezüglich des Hauptschuldners die prätorische i. i. r. im Auge habe, spricht zunächst die Stellung des Fragments. In D.4.2.9.7 beginnt Ulpian mit der Erläuterung der Metusformel. In D. 4.2.9.8 handelt Julian, was die Entscheidung gegen den Bürgen angeht, ebenfalls nur von der actio quod metus causa, wie das "in quadruplum condemnari" zeigt. Deshalb wäre es zumindest verwunderlich, wenn Julian gegen den Hauptschuldner, wie fast durchweg angenommen wird¹⁵⁹, eine prätorische i. i. r. an dieser Stelle erwogen hätte.

Wenn Julian freilich schon die prätorische Restitution versagt hat, dann hat er wohl erst recht auch die Strafklage verneint¹⁶⁰.

157 Zur Wirkung der acceptilatio vgl. Solazzi, Estinzione² (1935) 262.

158 Beseler, Betr. I (1910) 74; Schulz, Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht, in SZ 43 (1922) 242 ff.; v. Lübtow, Der Ediktstitel quod metus causa gestum erit (1932) 194 ff.; Schulz, Classical Roman Law (1951) 601. - Für Echtheit, wenngleich ebenfalls auf dem Boden der traditionellen Lehre stehend: D. Liebs, Gemischte Begriffe im römischen Recht, in Index 1 (1970) 157 ff.

159 Maier, Prätorische Bereicherungsklagen (1932) 128; Levy, Zur nachklassischen in integrum restitutio, in SZ 68 (1951) 365 Fn. 24; Hartkamp, Der Zwang im römischen Privatrecht (1971) 208. Ebenso Eisele, SZ 30 (1909) 106, der allerdings restituendum durch dandam ersetzt. Hiergegen Hartkamp 208 Fn. 35 und Kupisch, In integrum restitutio und vindicatio utilis (1974) 214 Fn. 393.

160 Maier 128; Hartkamp 209.

Beseler¹⁶¹, Biondi¹⁶², Schulz¹⁶³, v.Lübtow¹⁶⁴ und Betti¹⁶⁵, welche allesamt annehmen, daß der Inhalt von D. 4.2.9.8 sich ursprünglich allein auf die prätorische Restitution bezogen habe, bemängeln in formaler Hinsicht vor allem die bildhafte Ausdrucksweise *actio nec coerat, actio velit restitui*. Dagegen hat schon Maier¹⁶⁶ unter Hinweis auf D. 11.3.5.2 (Ulp. 23 ed.), D. 48.5.30 pr. (Ulp. 4 adult.), D. 42.8.6.8 (Ulp. 66 ed.), D. 14.4.7.2 (Ulp. 29 ed.) gezeigt, daß eine Ersetzung von *actio* durch *praetor* nicht geboten ist¹⁶⁷.

Schließlich stützt sich die Kritik auch noch auf das *nisi adversus reum quoque actionem restituat*¹⁶⁸. Hier ist aber *actio* nicht im prozessualen Sinne, sondern materiellrechtlich in der Bedeutung von *obligatio* (Klagerecht) zu verstehen, wie sich aus der ursprünglich unmittelbar anschließenden Paulusnote (D. 4.2.11 Jul. 4 dig.) ergibt.

Si quis alius sine malitia fideiussoris ut fideiussori accepto fieret vim fecit, non tenebitur fideiussor, ut rei quoque obligationem restituat.

Der Grundtext Julians neben der Note Marcellis schließt nach unserem Dafürhalten eine "unverständliche Einfälschung prätorischer Restitution" aus. Eine ungezwungene Betrachtung ergibt, daß auch Julian die Metusklage im Auge gehabt haben dürfte¹⁶⁹.

Für die Beantwortung der Frage, warum Julian die *actio quod metus causa* nicht gegen den Hauptschuldner zuläßt, finden sich

161 Beitr. I, 74.

162 Studi sulle actiones arbitrarie e l' arbitrium iudicis (1913) 46.

163 A.a.O. S. 242.

164 Op. cit. 194 ff.

165 Instituzioni² (1947) 168 Fn. 21.

166 A.a.O. S. 126.

167 Siehe auch Seneca, Controv. 9.3. (26) 9; Hartkamp 208 Fn. 36; Kupisch 213. - Gegen judiziale Restitution spricht auch nicht das *adversus omnes restitui velit*; vgl. die zutreffende Begründung bei Kupisch 213.

168 Biscardi, Lezioni sul processo romano antico e classico (1968) 222 ff.; Levy, SZ 68 (1951) 365 Fn. 24; Biondi, Actiones arbitrarie 46 ff.

169 Kupisch, op. cit. 214 und S. 46; zustimmend Kaser, Rez. Kupisch, in SZ 94 (1977) 130.

Anhaltspunkte in

D. 4.2.14.5 (Ulp. 11 ed.).

...Unde quidam putant bona fide emptorem ab eo qui vim intulit comparantem non teneri nec eum qui dono accepit vel cui res legata est. sed rectissime Viviano videtur etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi capitosus sit. Pedius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet¹⁷⁰.

Nach Meinung ungenannter Juristen kann gegen den gutgläubigen Käufer einer vom Exresser gekauften, geschenkt oder als Legat erhaltenen Sache die Metusklage nicht durchdringen. Vivian und Pedius dagegen lassen sie zu.

In D. 4.2.9.8 hat der Hauptschuldner eine dem redlichen Dritterwerber ähnliche Stellung¹⁷¹. Mit den in D. 4.2.14.5 genannten quidam läßt Julian die Metusklage auf den redlichen Hauptschuldner nicht zu. Die Entscheidung für oder gegen die Verfügbarkeit der actio quod metus causa gegen den redlichen Nachmann wird von der Möglichkeit einer Haftungsmilderung abhängig gewesen sein¹⁷². Eine mildere Haftung des Dritten, wie sie von Gai. D. 4.2.10 pr. und § 1 (4 ed. prov.)¹⁷³ erstmals und später

170 Die Stelle ist nicht zu beanstanden. Lit.: Hartkamp a.a.O. S. 211 ff.; Kupisch 208 ff. beide jeweils mit weiterer Literatur; Kaser, SZ 94, 129.

171 Kupisch, In integrum restitutio S. 215.

172 Kupisch, S. 210 ff., 212 ff.

173 Illud verum est, si ex facto debitoris metum adhibentis fideiussores acceptilatione liberati sunt, etiam adversus fideiussores agi posse, ut se reponant in obligationem. (1) Si metu a te coactus acceptam tibi stipulationem fecerim, arbitrato iudicis, apud quem ex hoc edicto agitur, non solum illud continetur, ut in tua persona redintegretur obligatio, sed ut fideiussores quoque vel eosdem vel alios non minus idoneos adhibeas: praeterea ut et pignora quae dederas in eandem causam restituas. - Zur Stelle Haftkamp 210.

auch von Paul D. 4.2.11 vertreten wird, kannte Julian noch nicht¹⁷⁴. Hätte der Hauptschuldner nach der Restitutionsklausel neben der Wiederherstellung der eigenen Verbindlichkeit auch noch die des Bürgen zu gewährleisten, um der Haftung in Höhe des quadruplum zu entgehen, dann wäre dies für den redlichen Schuldner nicht zu rechtfertigen. Erst die Möglichkeit einer abgestuften Haftung, wie sie Gaius in D. 4.2.10 pr. u. § 1, Paul in seiner Note in D. 4.2.11 und auch Marcellus und Ulpian in D. 4.2.9.8 befürworten, scheint die actio quod metus causa auch gegen den redlichen Hauptschuldner ermöglicht zu haben.

Mit der Einführung einer differenzierten Restitutionspflicht für den redlichen Dritterwerber durch eine restriktive Interpretation der Restitutionsklausel war der Weg frei für die schon von Vivian und Pedius befürwortete und für eine actio in rem selbstverständliche Drittwirkung. Während Julian die Metusklage anders als Vivian und Pedius nicht gab, weil er den redlichen Dritten nicht verpflichten wollte, auch die Verbindlichkeit gegen den Erpresser wiederherzustellen, mußte nach der neueren Auffassung des Gaius, Marcell, Ulpian und Paul der redliche Nachmann lediglich seine eigene Verbindlichkeit wieder begründen, welche auch allein der Berechnung des quadruplum zugrunde lag¹⁷⁵.

174 So Kupisch 216. A.A. Hartkamp 275, der zwar einen Bedingungszusammenhang zwischen der Erweiterung der Passivlegitimation und der Einführung eines differenzierten Haftungsumfanges bestätigt, jedoch in D. 4.2.14.5 einen Kampf der quidam um die Einschränkung der Metusklage gegen redliche Dritte sieht, dem sich Julian in D. 4.2.9.8 angeschlossen habe. Als Reaktion auf diese Versuche der Mindermeinung, die seit alters her auch auf sämtliche Dritterwerber anwendbare Metusklage einzuschränken, habe die h.M. (Vivian, Pedius, Gaius, Marcellus, Paulus und Ulpian) den Umfang der Restitution des redlichen Dritten auf die Wiederherstellung der eigenen Verbindlichkeit beschränkt. - Dagegen Kupisch 218 ff., unter Hinweis auf den ausgeprägten römischen Sinn für Billigkeit und die Tatsache, daß sich vor Pedius und Vivian kein Hinweis auf einen Fall der Haftung eines gutgläubigen Dritten findet.

175 Konsequenz aus Ulp. D. 4.2.14.7 (11 ed.).

10. Keineswegs so revolutionär wie Justinian es darstellt, war der Inhalt der in CJ 7.7.1 § 1a = Pal. Jul. 593 erwähnten Note.

CJ 7.7.1 § 1a = Pal. Jul. 593

Sed et alia constitutio Severi et Antonini principum reperta est, ex qua generaliter necessitas imponebatur socio partem suam socio vendere, quatenus libertas servo imponatur, licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat, pretio videlicet arbitrio praetoris constituendo, secundum ea, quae et Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi et hoc relatatum est, quod Sextus Caecilius iuris antiqui conditor definivit, socium per praetorem compelli suam partem vendere, quatenus liber servus efficiatur: quod et Marcellus apud Iulianum in eius digestis notat: hocque et Marcellum cum Iulianum notaret, rettulisse palam est.

In dieser Reformkonstitution aus dem Jahre 530 berichtet Justinian im Principium von einer Kontroverse unter den klassischen Juristen im Falle der Freilassung eines servus communis durch einen Miteigentümer. Umstritten gewesen sei, ob die pars servi des die Freilassung verfügenden Miteigentümers seinem socius anwachse oder nicht. Der Streit wird von Justinian unter Rückgriff auf eine in den Institutionen des Marcian gefundene Konstitution des Septimius Severus (§ 1), einer weiteren Konstitution desselben Kaisers und Caracellas, sowie Äußerungen der Klassiker Ulpian, Paul, Afrikan und Marcell (§ 1a) dahingehend entschieden, daß Justinian das Anwachsungsrecht in diesen Fällen abschafft (§ 7)¹⁷⁶ und zwar für alle Arten von Freilassungen¹⁷⁷, ungeachtet der Person des Manumittenten. Gleichzeitig wird dem Miteigentümer eine Veräußerungspflicht auferlegt (§§ 1a, 1b), das Ablösungsverfahren geregelt (§§ 1b, 2) und der Kaufpreis taxiert (§§ 5 ff.).

Die Behauptung der Konstitution in den §§ 1, 1a, daß Vorläufer der justinianischen Neuerung sich in klassischer Zeit schon

¹⁷⁶ Vgl. auch I. 2.7.4.

¹⁷⁷ Sive inter vivos sive in ultima dispositione (CJ 7.7.1 § 1b).

bei Afrikan und Marcell finden, bedarf, wie die Forschung gezeigt hat, einer erheblichen Relativierung¹⁷⁸.

In klassischer Zeit führte die Teilfreilassung eines gemeinschaftlichen Sklaven nicht wie im hellenistischen Rechtsbereich¹⁷⁹ zur Teilfreiheit, sondern zur Akkreszenz der Quote der Freilassung¹⁸⁰. Daher erscheint Justinians Behauptung, durch eine Konstitution des Severus und Caracalla sei dem anderen (nichtfreilassenden) Miteigentümer eine Veräußerungspflicht seiner Quote auferlegt worden, unglaublich.

Bei näherem Hinsehen zeigt sich, daß die in CJ 7.7.1 §§ 1 u. 1a genannten Konstitutionen keine Teilfreilassungen unter vivos umfaßten, worauf neben der Thalelaeusscholie *ἐνεσθῆ* zu Bas. 48.14.4¹⁸¹ auch der Halbsatz *licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat* hinweist¹⁸².

178 Bortolucci, *Studi romanistici* (1906) 13 ff.; Mitteis, Über die Freilassung durch den Teileigentümer eines Sklaven, in AcP 3 (1906) 252 ff. Rotondi, *La cost. 1 CJ 7.7 e la manumissio del servus communis nei diritti orientali*, in RIL 50 (1917) 223 ff. = *Scritti giuridici* 3 (1922) 60 ff., ders., *La manumissio del servus communis nel diritto romano classico*, in RIL 51 (1918) 465 ff. = *Scritti* 3, 78 ff.; H. Krüger, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, SZ 48 (1928) 194 ff.; Arangio-Ruiz, *Persone e famiglia* (1930) 8 ff.; Wenger, *Römisches oder orientalisches Rechtsgut in c.1 Cod. Just. 7.7. de servo communi manumissio?*, in ACJ I (Rom) 1934, 201 ff.; Volterra, *Diritto romano e diritto orientali* (1937) 251; Maschi, *Sulla origine del regime giustiniano della manumissio del servo commune*, in St. Albertoni II (1937) 419 ff.; Bretone, *Servus communis* (1958) 140 ff., insbes. 141 Fn. 2; Impallomeni, *Manumissioni mortis causa* (1963) 166 ff.; Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik* (1966) 198 ff.

179 Vgl. P. Edmondstone = P. Oxy. 202 = Mitteis Chr. 361 (etwa 360 n. Chr.), dazu grundlegend Rotondi, *Scritti* III, 60 ff.; weitere Literatur bei Kaser RP II² § 212 Fn. 66 (=S.137); P. Oxy. 722 = Mitteis Chr. 358 (97 od. 107 n. Chr.), dazu Mitteis AfP 3, 252; Wenger, *Acji I* (Rom) 1934) 207; PSI V, 452 (4. Jhd.), hierzu Meyer, *ZvglRW* 39 (1921) 222 ff.; ders., SZ 52 (1932) 365.

180 PS 4.12.1; UE 1,18; fr. Dos. 10. Lit. wie oben Fn. 178 sowie Torrent, *Relacion entre comunio y copropiedad*, St. Grosso II (1968) 111 ff.; Robleda, *Il diritto degli schiavi nell' antica Roma* (1976) 106 ff., 107 Fn. 465.

181 Hb. 4,757 = Schelt. BS VIII,2971.

182 Statt aller Bortolucci 17 ff.

Die Klassiker können nicht einmal bei allen Freilassungsarten mortis causa eine Verkaufsverpflichtung des Miteigentümers angenommen haben, sondern nur bei den manumissiones fideicommissariae; denn jede manumissio testamento mußte sofort zur Akkreszenz führen¹⁸³. Anhaltspunkte hierfür geben die Ulp ian- und Paulzitate in CJ 7.7.1.1a, welche aus deren libri fideicommissorum stammen. Wenn darüber hinaus in § 1 gesagt wird, der zum Ankauf der altera pars socii verpflichtete Erbe müsse dem gemeinsamen Sklaven die Freiheit schenken, so ist auch dort allein die fideikommissarische Freilassung gemeint, denn nur bei ihr wird der Sklave libertus des Erben (Fiduziaren)¹⁸⁴. Aufschlußreich ist weiterhin der bereits erwähnte Nebensatz licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat:

Nach Gai. 2,265, UE 2,11 und Paul D. 40.5.31.4 (3 fid.) war bei der fideikommissarischen Freilassung eines fremden Sklaven der Fiduziar verpflichtet, den Sklaven zwecks Freilassung zu erwerben. Dieselbe Pflicht wird den Erben und Fiduziar bei der fideikommissarischen Teilfreilassung eines gemeinsamen Sklaven hinsichtlich der altera pars socii getroffen haben. Hingegen konnten in beiden Fällen die Freilassung daran scheitern, daß der Eigentümer oder condominus zur Veräußerung nicht bereit war¹⁸⁵. Die Kaiserkonstitutionen schufen für den Fall der Teilfreilassung eines gemeinsamen Sklaven eine Verkaufsspflicht für den alter condominus. Die Verkaufsspflicht war zunächst begrenzt auf Freilassungen durch Soldetan (Severus)¹⁸⁶ und wurde später erweitert auf die Manumissionen

183 Bortolucci 22; Mitteis AfP 3,255; Rotondi, Scritti III,62; Bretonne, Servus communis 141 Fn.2; Schindler 200 ff. gegen Maschi a.a.O. S. 149 ff. sowie Impallomeni 177.

184 Gai. 2,266.

185 Maschi, 424 ff. folgert im Wege einer petitio principii hieraus zu Unrecht, die Konstitutionen und die in klass. Zeit geführten Erörterungen hätten die fideikommissarische Freilassung gar nicht betroffen.

186 Das Referat der ersten Konstitution (Servus) wird deshalb allgemein als ungenau kritisiert. Es legt dem Erben des freilassenden socius eine Ankaufspflicht der altera pars auf, ohne zu sagen, daß den Miteigentümer eine Verkaufsverpflichtung treffe. - vgl. Mitteis, AfP 3, 255 ("jämmerliches Referat"); Schindler 200 u.Fn.8.

aller Privater, auch wenn ihnen aus dem Nachlaß des Verstorbenen nichts zugekommen war (Servus und Caracalla).

Es ist nicht anzunehmen, daß schon zu Marcellus' und Afrikans Zeiten der condominus zum Verkauf seines Miteigentumsanteils bei allen fideikommissarischen Teilfreilassungen eines gemeinsamen Sklaven gezwungen werden konnte. Ansonsten wäre die in § 1 zitierte severische Konstitution unerklärlich, die in ihrer Beschränkung auf fideikommissarische Freilassungen durch Soldaten weit hinter dieser Annahme zurückbleibt¹⁸⁷.

Schließlich kann man *argumento e contrario* aus der Konstitution des Severus und Caracalla als der letzten Stufe des spät-klassischen Rechtszustandes folgern, daß nach dem davor geltenden Recht der *alter socius* zum Verkauf seines Anteils nur dann gezwungen werden konnte, wenn er selbst etwas aus dem Nachlaß erhalten hatte. Aber auch diese Voraussetzung allein vermochte nach klassischem Recht die Ausübung eines Zwangs auf den Miteigentümer nicht zu rechtfertigen. Vielmehr wird man an eine Fallgestaltung zu denken haben, in welcher der andere Miteigentümer als Legatar oder Erbe selbst mit dem Freilassungsfideikommiß beschwert war¹⁸⁸. Spuren für eine in diesem engen Bereich sich bewegende Diskussion finden wir noch in

D. 40.5.24 §§ 12 u. 13 (Ulp. 5 fid.).

Si quis alienum vel suum servum rogatus sit manumittere et minus sit in eo quod accepit iudicio testatoris, plus sit in pretio servi, an cogatur vel alienum redimere vel suum manumittere, viden-

187 Viel zu undifferenziert und leichtgläubig, Wieland, Testamentsauslegung im römischen Recht (1972) 168; ebenso Gorla; Schiavi, *sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel principato*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano* (1976) 377 u. Fn. 141.

188 Bortolucci 30; ihm zustimmend Rotondi, *Scritti III*, 62 Fn. 2. Unrichtig Krüger, SZ 48 (1928) 192, der lediglich eine Zuwendung genügen lassen will. Unklar - wenn nicht gar widersprüchlich - Schindler S. 200 einerseits, wo er wohl Bortolucci folgt, S. 202 andererseits, wo er Krüger als Gewährsmann zitiert. - Freilich kann man im Falle, daß der *consocius* Erbe war, nicht von einem Zwang zum Verkauf sondern nur von einer Nötigung zur Freilassung sprechen.

dum est. et Marcellus scripsit¹⁸⁹, cum ceperit legatum, cogendum omnimodo suum manumittere: et sane hoc iure utimur, ut multum intersit, suum quisque rogatus sit manumittere an alienum: si suum, cogetur manumittere, etiamsi modicum accepit: quod si alienum, non alias erit cogendus, quam si tanti possit redimere, quantum ex iudicio testatoris consecutus sit.
(13) Proinde consequenter Marcellus ait eum quoque, qui heres institutus est, si quidem aliquid ad eum deducto aere alieno pervenit, cogendum esse suum manumittere: si vero nihil pervenit, non esse cogendum¹⁹⁰.

Die Differenzierung, der sich Ulpian anschließt, scheint Pionierarbeit Marcellus gewesen zu sein¹⁹¹: Der mit dem Freilassungsfideikommiß belastete Eigentümer konnte, wenn er die Zuwendung angenommen hatte, auch dann zur Freilassung seines eigenen Sklaven gezwungen werden, wenn die Zuwendung geringer war als der Wert des Sklaven. Die Nötigung zum Kauf und zur Freilassung eines fremden Sklaven war hingegen nur statthaft, wenn die dem Fideikommittenten vom Erblasser zugeflossenen Mittel zum Erwerb des freizulassenden Sklaven ausreichten.

Diese Regelung läßt sich auf den servus communis ohne weiteres übertragen: War der consocius nicht Erbe, aber gleichwohl - etwa als Legatar - mit dem Freilassungsfideikommiß beschwert, dann stellte sich der Erwerb des anderen Anteils (vom Erben) wie der Ankauf eines servus alienus dar. War hingegen der Mit-eigentümer als Erbe eingesetzt und somit Rechtsnachfolger in die altera pars, so mußte er den Sklaven (als eigenen) wohl stets freilassen¹⁹².

Entgegen der von Justinian der Marcellusnote beigemessenen Bedeutung fehlte ihr in Wirklichkeit jeglicher "revolutionärer"

189 Vielleicht handelt es sich hier sogar um eine Note Marcellus. Immerhin ist uns aus dem selben Werk Ulpians an anderer Stelle eine Marcellusnote zu Julian überliefert: D. 36.1.3 pr. (Ulp. 3 fid.). Lenel Pal. I 619 Nr. 187 ordnet das Fragment dem 16. Buch der Digesten Marcellus zu.

190 Zum ganzen Impallomeni 150.

191 Man beachte die Zustimmung Ulpians: et sane hoc iure utimur.

192 Zutreffend Impallomeni 150 zum servus hereditarius.

Charakter. Systemsprengend erwiesen sich erst die Kaiserkonstitutionen des Severus und Caracalla¹⁹³. Ob zwischen Marcell und Julian eine Kontroverse in der Sache bestand, ist nicht mehr auszumachen. Die Tatsache, daß Afrikan neben Marcell als Gewährsmann genannt ist, spricht eher dagegen.

III. Daß die Grenze der Auslegung eines Rechtsgeschäfts für Marcell dessen Wortlaut ist, dokumentieren eindrucksvoll die beiden im folgenden zu besprechenden Noten D. 33,9.1 (Ulp. 24 Sab.) und D. 36,1.26 pr. (Jul. 39 dig.). In D. 23,3.44.1 (Jul. 16 dig.) unternimmt Marcell alle Anstrengungen, um dem im Wortlaut eines Rechtsgeschäfts zum Ausdruck gebrachten klaren Willen der Parteien Geltung zu verschaffen. Dem Willen der Parteien verschließt sich zwar auch Julian nicht, dennoch gewährt die Gegenüberstellung beider Lösungsansätze einen Einblick in das unterschiedliche Methodenbewußtsein Julians und Marcells.

11. Neue konstruktive Wege schlägt Marcell durch eine striktere Beachtung des Wortlauts einer letztwilligen Verfügung in D. 33,9.1 (Ulp. 24 Sab.) ein.

193 Justinians erneute Ausweitung der Veräußerungspflicht beruht vor allem auf dem christlich motivierten favor libertatis (Schindler 203 m.w.Lit. Fn. 24). Eine weitere Fortentwicklung des von Justinian erreichten Standes finden wir übrigens in D. 28,6.18 pr. (Ulp. 16 Sab.) = D. 28,5.6.3 (Ulp. 4 Sab.). Dort ist die Frage, ob der einem impubes substituierte servus communis cum libertate diesem heres necessarius oder voluntarius ist. Auf die Lösung Julians, je nachdem, ob der Sklave vom Erblasser oder vom Pupillen gekauft wird, folgt der Fall, daß weder der eine noch der andere den Sklaven ankauft: Der Sklave soll durch Anbieten seines Preises gegenüber seinem Herrn Freiheit und Erbschaft erhalten. Sciascia, Bull. 49/50 (1947) 469 ff. vermutet in dem Zusatz eine Note des Marcell. Bestärkt fühlt er sich hierin durch das Marcelluszitat in CJ 7,7.1.1a. Dabei erkennt er aber den Umfang der von Marcell herrührenden Rechtsneuerung in CJ 7,7.1.1a. Der Zusatz in D. 28,6.18 pr. i.f. stammt ersichtlich von den Kompilatoren und ist angelehnt an die Konstitution CJ 7,7.1.1a (Lenel, Pal. II 1056 Fn. 4; Bortolucci 19 Fn.1). Der Hinweis auf D.29,5.16 (Marc. 12 dig.) verfängt nicht, da dort ein Sonderfall in Frage steht.

D. 33.9.1 (Ulp. 24 Sab.) = Pal. Jul. 555

Uxori suae in annos singulos penoris aliquid heres dare iussus est, si non dedisset, nummos dare damnatus est: quaeritur, an penus legata peti possit an vero solummodo sit in praestatione et, si non praestetur, tunc quantitas petatur. et si quidem semel penus sit legata, non per singulos annos, certo iure utimur, ut et Marcellus libro tigesimo nono digestorum apud Iulianum notat, in praestatione esse dumtaxat penum, quantitatem vero et peti posse. habebit igitur heres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur, nisi forte aliud tempus vel mente vel verbis testator praestituit. quod si in annos singulos penus legata sit, per singulos annos penus adhuc poterit praestari, si minus, summae per singulos annos petentur. quid ergo, si una summa legata sit et primo penus non sit praestita? utrum tota summa debeatur, quasi toto penoris legato transuso, an vero quantitas primi anni aestimationis sola sit translata, dubitari potest. puto tamen sic voluntatem sequendam testatoris, ut tota summa illico, postquam cessaverit heres dare penum uxori, praestetur, heredis indevotione coercenda.

Ulpian erörtert den Inhalt eines Penus-Legats¹⁹⁴ mit dem Wortlaut: 'heres meus penum dato in annos singulos, si non dederit, nummos dato'. Bevor er hierzu eine Lösung nennt, prüft er den einfacheren Fall eines einmaligen (semel) Legats, dessen Entscheidung er unter Rückgriff auf eine Marcellusnote referiert: Die Penus sei nur 'in praestatione', die Summe könnte dagegen eingefordert werden. Der Erbe könne die Penus bis zur litis contestatio anbieten, wenn der Erblasser nicht einen anderen Zeitpunkt habe festlegen wollen. Alsdann wendet sich Ulpian wiederum dem Ausgangssachverhalt zu. Wird bei einem Lebensmittelvermögensvermachnis in singulos annos die jährliche Penus nicht geleistet, so könne Jahr für Jahr die Geldsumme eingeklagt werden^{195, 196}.

194 Dazu Dell' Oro, *Le cose collettive nel diritto romano* (1963) 169 ff.; John, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht* bis Labeo (1969) 38 ff.

195 Der Fortgang des Fragments betrifft einen neuen Sachverhalt, auf den wir später noch eingehen werden.

196 Die Literatur hat sich schon ausgiebig mit unserer Quelle befaßt: Ferrini, *Teoria generale*, cit. 481 ff.; Pergament, *Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältnis zueinander*.

Abgesehen von der mit nisi forte eingeleiteten Einschränkung, welche deutlich das Gepräge eines auf Vollständigkeit bedachten Glossens aufweist¹⁹⁷, ist der Text insoweit nicht zu beanstanden¹⁹⁸. Das Fragment gehört in die Reihe der Klassikerörterungen, welche die rechtstechnische Erfassung des Penuslegats zum Gegenstand haben. Man unterscheidet zwei Formen des Lebensmittelvorratsvermögens: Das einfache: 'heres meus, si penum non dederit, centum dato' und das zweigliedrige: 'penum heres dato, si non dederit centum dato'. Beim einfachen Legat¹⁹⁹ war der Inhalt unter den Klassikern nicht streitig. Als legiert wurde nicht die penus, sondern lediglich das centum angesehen²⁰⁰. Keine Einigkeit bestand hin-

nander (1896) 5 ff.; Marchi Le disposizioni testamentarie, Bull. 21 (1909) 76 ff.; Guarneri-Citati, Contributi alla dottrina della mora, in Ann. Pal. 11 (1923) 259 ff.; Beseler, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen, SZ 66 (1948) 390 ff.; Frezza, Le garanzie delle obbligazioni I (1962) 321 Fn. 1; Riccobono jr., Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano, in Ann. Pal. 29 (1962) 327 ff.; Grosso, Legati² 48 ff. ders., Obbligazioni³ (1966) 229; Talamanca, Revoca testamentaria e translatio legati, in St. Betti IV (1962) 317 Fn. 275; dort auch die ältere Literatur; Ormanni, Penus legata, ebenda S. 724 ff.; Voci, DER II² 556 Fn. 85; Kaser, Restituere² (1968) 126 ff.; Astolfi, Studi sull' oggetto dei legati in diritto romano II (1969) 106 ff.; Forzieri Vannuchi, L' interpretazione giurisprudenziale romana (1973) 70 ff.; dazu die Rez. von Astolfi, JURA 25 (1974) 182; Knütel, Stipulatio poenae (1976) 126 ff.

197 Richtig Forzieri Vannuchi 71 Fn. 138. Für eine Interpolation dagegen Krüger, Guarneri-Citati, Eisele, Steiner nach Ind. itp., ferner Kaser, Restituere² 127; Astolfi, Oggetto II 109.

198 A.A. aber auf dem Boden überzogener Textkritik: Guarneri-Citati a.a.O. S. 265, nach dessen Meinung formale Interpolationen in dem et zwischen vero und peti, tamdiu-quamdiu, habere oblationem und lis contestari de pecunia zu sehen seien. Darüber hinaus hält derselbe Verfasser die Phrase habebit igitur-contestetur für genauso inhaltlich verfälscht wie die Erwähnung der litis contestatio in D. 36.2.19 pr. - Gegen ihn richtig Astolfi, a.a.O. S. 107 Fnn. 56 u. 57; Talamanca S. 317 Fn. 275; Ormanni 724 ff. - Beseler, SZ 66, 390 ff. streicht uxori - certo und in praestatione - fin. mit der Begründung, ein Penus-Legat in singulos annos sei wegen der Verderblichkeit des Inhalts unmöglich. Dem ist Talamanca a.a.O. mit Recht entgegengetreten.

199 D. 45.1.115.2 (Pap. 2 quaest.); D. 36.2.19.1 (Jul. 70 dig.); D. 35.2.1.8 (Paul l.s. leg. Falc.); D. 36.2.24.1 (Paul 6 leg. Jul. et Pap.).

200 Forzieri Vannuchi 76 ff.; Knütel 125 ff.

gegen beim zweigliedrigen Legat, wie die einschlägigen Quellen bezeugen²⁰¹.

Julians Haltung kennen wir aus Dr. 36.2.19 pr. (Jul. 70 dig.).

Cum sine praefinitione temporis legatum ita datum fuerit: 'uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum dato', unum legatum intellegitur centum et statim peti potest, penoris autem causa eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradita peno heres liberetur²⁰².

Aus dem klaren Wortlaut ergibt sich, daß Julian das zweigliedrige Legat als ein einheitliches, von Anfang an unbedingtes Geldvermächtnis, die Leistung des Lebensmittelvorrats aber als bloße facultas alternativa solutionis aufgefaßt hat²⁰³. Die Penu ist demnach überhaupt nicht Inhalt des Legats²⁰⁴.

Anders Paul, D. 35.2.1.8 (l.s.leg.Falc.).

Item si ita legatum sit: 'heres meus Seio penum dato: si non dederit, decem dato', quidam putant omnimodo in legato decem esse, penum autem mortis

201 D. 36.2.19 pr. (Jul. 70 dig.); D. 32.2.1.8 (Paul l.s.leg. Falc.); D. 36.2.24 pr. (Paul 6 Jul. et Pap.). Gelegentlich wird aus D. 45.1.115.2 gefolgert, Q.Mucius und Sabin hätten dieselbe Lösung auch für das zweigliedrige Legat befürwortet, da sie nicht zwischen den beiden Formen unterschieden hätten. Indessen läßt sich diese Vermutung nicht mit Quellen stützen. Vgl. die vorsichtige Haltung Knütels a.a.O. S. 125, 126 gegenüber Siber, Interpellatio und Mora, SZ 29 (1908) 89; Forzieri Vannuchi 50 ff.

202 Echtheit nicht zu bezweifeln. Talamanca, Ricerche in tema die compromissum (1958) 90 Fn. 117; Knütel a.a.O. S. 126 Fn. 21 m.w.Lit.

203 A.A. Guarneri-Citati 263 ff.; Frezza 320 ff.; Bund, Untersuchungen zur Methode Julians (1965) 35; Riccobono jr. 328; Vannuchi 54 ff., 59, die an eine Übereinstimmung Julians mit Q.Mucius und Sabin in D. 45.1.115.2 glauben. Das statim in fr. 19 pr. entspreche dem confestim des fr. 115.2. Dem steht jedoch die Betonung des unum legatum durch Julian entgegen.

204 Wie hier schon Marchi a.a.O. S. 75 ff.; Grosso, Obbligazioni 229; Astolfi 100 ff.; ders. JURA 25 (1974) 182; Ormanini 718 ff.; erwägend auch Knütel 126 ff.

causa capi nec in Falcidiam imputare id heredem posse. ego autem didici, si in continenti heres penum solverit, videri hoc legatum esse et in legem Falcidiam imputari posse: et quod dixi 'in continenti' ita accipiendum cum aliquo spatio, quod si iam mora facta solverit heres penum, tunc nec legatum eum accepisse nec in Falcidiam imputari posse: iam enim transfusum legatum esse et decem deberi, idemque erit et si ab initio ita legatum datum sit: 'si penum non dederit, decem dato', quia hic penus non est legata et penus si datur, mortis causa capitur, quia deficit legati condicio²⁰⁵.

Im Gegensatz zu den "quidam" konstruiert Paul das zweigliedrige Penus-Legat als ein doppeltes. Inhalt ist nach ihm auch die penus, wenngleich sie vom Legataren, wegen ihres kurzfristigen Versorgungszwecks²⁰⁶, nicht eingeklagt werden kann. Kommt der Erbe seiner Verpflichtung zur sofortigen Überlassung der Penus nicht binnen kurzem nach, dann verwandle sich das Penus-Legat in ein Geldvermächtnis. Rechtstechnisch will Paul dies durch eine "translatio cum res pro re datur"²⁰⁷ bewerkstelligen.

War man bisher zumeist der Auffassung, daß diese neue Konzeption erstmals von Paul vertreten wurde, so scheint uns mit Talamanca²⁰⁸ und Forzieri Vannuchi²⁰⁹ die Annahme begründet, daß schon Marcellus und später Ulpian wie Paul entschieden haben. Dabei ist zuzugeben, daß Talamancas Erwägung, Marcell könne Julian nicht lediglich wiederholt haben, wenn Ulpian

205 Vgl. ebenso D. 36.2.24 pr. (Paul 6 Jul. et Pap.): ... ego accepi et penum legatam et translatam esse in decem, si noluerit penum heres dare. Zu beiden Fragmenten Marchi a.a.O. 75 ff., 78 ff.; Astolfi op. cit. 112 und passim; Ormanni 699 ff. und 710 ff.; Talamanca 314 ff. - In der Substanz sind beide Quellen klassisch, Forzieri Vannuchi, 60 ff., 63 ff., jeweils mit weiterer Literatur.

206 Hierin liegt der Grund für die generelle Nichteinklagbarkeit des Lebensmittelvorratsvermächtnisses, vgl. Dell' Oro op. cit. 175 u. passim.

207 D. 34.4.6 pr. (Paul 5 leg. Jul. et Pap.); Talamanca 317 ff.; Ormanni 704 ff.

208 A.a.O. 317 Fn. 275.

209 A.a.O. S. 72.

ihn und nicht Julian zitiert, allein nicht trägt²¹⁰. Immerhin ist ihr aber in Verbindung mit dem Nachweis, daß Ulpian die Theorie von der *translatio legati* vertreten hat, ein eigenes Gewicht nicht abzusprechen. Diesen Nachweis liefert der Fortgang von D. 33.9.1. Bei einem Lebensmittelvorratvermachtnis in *singulos annos* ist die im Falle der Nichtleistung der jährlichen *Penus* zu zahlende Summe nicht besonders ausgeworfen. Muß deshalb der gesamte im Legat genannte Geldbetrag bei Nichtgewähr der im ersten Jahr fälligen *Penus* gezahlt werden oder lediglich ein der fälligen *Penus* entsprechender Teil? Nach Ulpian entspricht die Zahlung der ganzen Summe dem Willen des Erblassers. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Phrase: *utrum tota summa debeatur, quasi toto penoris legato transfuso, an vero quantitatis primi anni aestimationis sola sit translata, dubitari potest*²¹¹, die unsere Annahme bestätigt, auch Ulpian sei ein Verfechter der *translatio legati* gewesen.

Muß man aus dem bei Ulpian verwendeten Begriff der *translatio* zwangsläufig auf seine Favorisierung der Theorie von der Duplizität des *legatum penoris* schließen, so fehlen für die *Marcelusnote* derartige Hinweise nicht. Das Zitat der Note wird von Ulpian mit der Frage in Zusammenhang gebracht: *an penus legata peti possit, an vero solummodo sit in praestatione et, si non praestatur, tunc quantitas petatur*. Die *quaestio* zielt nicht darauf ab, ob die *Penus* Inhalt des Legats geworden ist. Dies

210 Ormanni 726 ff.; Astolfi 108.

211 Marchi, a.a.O. S. 76 ff. will diesen Satzteil deshalb streichen, weil er die dahinter stehende Auffassung von der Duplizität des Legats auf Paul beschränkt wissen will; ebenso Astolfi II 110; für Echtheit dagegen Talamanca 317 Fn. 275; Ormanni 727; Forzieri Vannuchi 74 ff. Als kompilatorisch muß jedoch das *indevotione coercenda* angesehen werden, Forzieri Vannuchi 74 Fn. 144 m.w.Lit. In diesem Zusammenhang ist auch die von Talamanca a.a.O. vorgetragene Hypothese zu verwerfen, die Kompilatoren hätten das Problem des Verfalls einer Teilstrafe an die Stelle der ursprünglichen Frage gesetzt, ob die *poena* sich auf jede Rate beziehe oder nur auf das Legat als ganzes und bei einmaligem Verfall der Erbe von den künftig noch zu leistenden jährlichen Raten frei werde. Diese Vermutung Talamancas ist ganz und gar willkürlich, vgl. dagegen zurecht Astolfi 110 Fn. 68; Ormanni 727 Fn. 316.

wird von Ulpian als selbstverständlich vorausgesetzt. Gefragt ist lediglich nach der Einklagbarkeit der Penus. Diese Frage konnte sich aber für Julian in dieser Form nicht stellen; denn er begriff das zweigliedrige *legatum penoris* als *unum legatum centum*. Um so wichtiger war es für Marcell als Anhänger der Theorie von der *translatio legati* zu betonen, daß die Penus zwar Inhalt des Legats sei, aber eben nur in *praestatione*, während die *quantitas* darüber hinaus *a u c h* eingeklagt werden könne. Nur bei dieser Deutung der Note vermag man das *et* zwischen *vero* und *peti*, das zumeist als gestört gestrichen wird²¹², zu erklären. Ulpians Zustimmung (*certo iure utimur*) lag demnach auch eine Übereinstimmung beider Juristen in der begrifflichen Erfassung des *legatum penoris* als ein *duplum legatum* zugrunde.

Es sollte daher nicht überraschen, in Marcell den Begründer der Theorie vom doppelten Legat zu sehen. Die Auslegung, die das zweigliedrige Lebensmittelvermögensvermachtnis : *heres meus Seio penum dato, si non dederit, decem dato* durch Julian erfahren hat, mußte einen Kritiker wie Marcell herausfordern, denn sie war mit dem Wortlaut der Verfügung schlechterdings nicht mehr zu vereinbaren. Daß sie dem Erblasserwillen eher entsprochen hätte als die von Q. Mucius und Sabin befürwortete Bedingungslösung trifft nicht zu, denn durch die umgehende Realisierung der Bedingung (*si non dederit, confirmatio... teneri*²¹³) war dem kurzfristigen Versorgungszweck des Penus-Legats ausreichend Rechnung getragen. Auf der anderen Seite hatte, worauf Paul in D. 35.2.1.8 ausdrücklich hinweist, die Konstruktion einer *facultas alternativa solutionis* gegenüber der Konzeption des Quintus Mucius und Sabinus wie auch gegenüber dem Ansatz des Marcell einen entscheidenden Nachteil: Wurde die Penus geleistet, so lag, weil sie nicht Inhalt des Legats war, eine *mortis causa capio* vor, die nicht dem Regime der *lex Falcidia* unterstand²¹⁴. Die Gefahr

212 Guarneri-Citati (oben Fn. 198). Krüger, Dig. ad h.l.

213 D. 45.1.115.2 (Pap. 2 quaest.), siehe auch oben Fn. 201.

214 D. 35.2.76 (Gai. 3 leg. ed. praet.).

war daher nicht von der Hand zu weisen, daß der Erbe aus diesem Grunde bisweilen nicht die Penus, sondern die in obligatione befindliche Geldsumme leistete, um die falcidische Quart einbehalten zu können²¹⁵. Dadurch war aber nicht nur der Versorgungszweck der Penus gefährdet, sondern wurde auch dem Erblasserwillen nur ungenügend Rechnung getragen.

12. Eine unterschiedliche Beurteilung der Grenzen der Auslegung bezeugt

D. 36.1.26 pr. (Jul. 39 dig.) = Pal. Jul. 559.

Quidam ita testamento scripserat: 'a te heres, peto fideique tuae committo, ut quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, filio meo prima quaque die aut, si prius quid ei acciderit, matri eius des reddas'. quaeritur, cum antequam adeatur hereditas puer decesserit, an fideicommissum matri debetur. respondi, si puer, antequam dies fideicommissi cedat, decessisset, fideicommissum translatum esse ad matrem, postea autem quam dies fideicommissi cessit si decesserit, ad heredem pueri fideicommissum pertinere, sed an ea voluntas fuit patris familias, ut, si ante restitutum fideicommissum puer decessisset, matri potius quam heredibus praestaretur, praetor aestimabit ex persona matris et ex persona heredis pueri. Marcellus: sed testatoris voluntati congruum est, quandocumque puer decesserit, sive antequam dies fideicommissi cedit sive postea, ad matrem transferri fideicommissum, si non iam puer hoc acceperit, eoque iure utimur.

Dem Erben war ein Fideikommiß des Inhalts "quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, filio meo prima quaque die aut, si prius quid ei acciderit, matri eius des reddas" auferlegt worden. Auf die Frage, ob das Fideikommiß auf die Mutter übergehe, wenn der Knabe vor Erbschaftsantritt sterbe, antwortet Julian, daß es der Mutter zustehe, wenn der Junge vor dem dies cedens gestorben sei, daß es aber den Erben des puer gehöre, wenn der Tod nach dem dies cedens eingetreten sei. Jedoch müsse der Prätor unter Würdigung der Person der Mutter und der

215 Forzieri Vannuchi 68.

des Erben den Erblasserwillen dahingehend erforschen, ob danach eher die Mutter als die Erben das Fideikommiß bekommen sollte, wenn der Knabe vor Restitution der Erbschaft gestorben ist.

Marcellus hingegen entnimmt dem Erblasserwillen, daß, ganz gleich zu welchem Zeitpunkt der Knabe gestorben sei, die Mutter stets den Erben des Jungen vorzuziehen sei.

Der Streit betrifft die Konkurrenz von *translatio legati* und *Substitutio*²¹⁶. Da die Wirksamkeit der Legate an die Erbfolge aufgrund des Testaments gebunden ist, kann der Legatar das Recht erst dann erwerben, wenn der Erbe die Erbschaft erworben hat. War ein *extraneus* zum Erben eingesetzt, so erlangte der Legatar das Recht aus dem Vermächtnis erst mit der *aditio hereditatis* durch den *extraneus*. Um dem Vermächtnisnehmer schon vorher eine Anwartschaft auf den künftigen Legatserwerb einzuräumen, haben die Römer eine weitere Stichzeit, den *dies cedens*, eingeführt²¹⁷. Ab diesem Zeitpunkt ist das Recht des Legataren vererblich (sog. *translatio legati*).

In D. 36.1.26 pr. wäre die Rechtslage eindeutig, wenn der Erblasser keine *Substitutio* angeordnet hätte. Hätte in diesem Fall der Knabe den *dies cedens* erlebt, wäre das Fideikommiß seinen Erben zugefallen; bei Vorversterben wäre es hingegen unwirksam geworden. Durch die Einsetzung eines Ersatzfideikommissars kompliziert sich die Rechtslage dann, wenn der *puer* erst nach dem *dies cedens* stirbt. Jetzt kommt es zu einer echten Konkurrenz zwischen den Erben des Fideikommissars und dem Substituten. Stirbt der Junge hingegen vor dem *dies cedens*, kommt unstreitig der Substitut zum Zuge²¹⁸.

Die in D. 36.1.26 pr. von Julian und Marcell vertretenen Lösungsmöglichkeiten werden von einem Teil der romanistischen

216 Dazu Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fideicommissi* (1889) 381 ff.; Segrè, *Il conflitto fra la trasmissione ereditaria e la sostituzione volgare nel diritto romano*, in *Scritti II* (1938) 349 ff., 351 ff.; Talamanca, *Revoca testamentaria e translatio legati*, *St. Betti IV* (1962) 291 ff.; Grosso *I legati*², 223 ff.

217 UE 24,31; D. 36.2.5 §§ 1 u.2 (Ulp. 20 Sab.). *Dies cedens* war anfangs der Todestag des Erblassers, seit der *lex Papia Poppea* (9 n.Chr.) der Tag der Testamentseröffnung; Kaser *RP I*² § 186 I (= S. 752).

218 Segrè a.a.O. S. 352 ff.

Literatur als kompilatorisch verdächtigt. So nimmt Voci²¹⁹ an, daß nach Jul. D. 34.4.10.1 (37 dig.) und Ulpian D. 34.4.3 pr.-§ 3 (24 Sab.) die Substitution immer dann ausgeschlossen sei, wenn der Legatar den cedens erlebe, während Marcellus eine andere Meinung vertreten habe. Die angebliche Relevanz des Erblasserwillens in l. 26 pr. und der mora bei Ulpian D. 34.4.3 §§ 1 u. 2 seien Kompilatorenwerk. Ferrini²²⁰ schreibt ebenfalls die mora, aber auch den generellen Ausschluß der Erben des Fideikommissars, wie er von Marcell befürwortet wird, den Juristen Justinians zu. Dem hat sich Segrè²²¹ angeschlossen und auch Grosso²²² hat sich dazu bekannt. Die genannten Autoren betonen die ausschließliche Relevanz des dies cedens für die Transmissibilität des Fideikommisses auf die Erben des Fideikommißnehmers. Der Substitut sei nach klassischem Recht nicht mehr zum Zuge gekommen, wenn der Legatar oder Fideikommissar den dies cedens erlebte. Die Bevorzugung des Substituten vor dem Erben des Fideikommissars oder Legatars in D. 36.1.26 pr. und D. 34.4.3 §§ 1-3 sei justinianisch.

Indessen muß diesen Autoren zum Vorwurf gemacht werden, daß sie ungeachtet der unterschiedlichen Substitutionsbedingungen²²³ eine einheitliche Lösung anstreben²²⁴. Eine Analyse der einzelnen Fälle ergibt:

Bei der Klausel Titio dato, si Titio non dederit Sempronio dato (Ulp. D. 34.4.3.3 und Jul. D. 34.4.10.1) haben Ulpian und Julian gleich entschieden: Der Substitut kann das Legat nur dann erwerben, wenn der Legatar vor dem dies cedens gestorben ist²²⁵. Dem Erblasser ging es allein um die Vorsorge, daß das Vermächtnis nicht durch Vorversterben des Titius unwirksam werde²²⁶. Nach Julian und Ulpian nahm schon die translatio legati die Funktion einer Substitution wahr. Da die translatio aber ihrerseits zur Voraussetzung hatte, daß der

219 Teoria dell' acquisto del legato secondo il dritto romano (1936) 111 ff.; vielleicht nicht mehr in DER II² 555 Fn.69.

220 A.a.O. S. 381 ff.

221 Op. cit. 351 ff.

222 Oben Fn. 216 S. 223 ff.

223 D. 34.4.3 pr.: Si titius decesserit, Seio dare damnas esto; Eod. l. § 1: Titio dato aut, si Titius ante decesserit quam accipiat, Sempronio dato; eod. l. § 2: Puero data aut, si ante restitutum decessisset, matri eius relicta; eod. l. § 3 und D. 34.4.10.1: Titio dato, si non dederit, Sempronio dato.

224 Differenzierend aber Biondi, Successione² 341 ff.; Talamanca, a.a.O. S. 291 ff.

225 Zu Unrecht bezieht Segrè S. 355 die Klausel auf den dies reniens.

226 Talamanca 292 ff. und Fn. 222 m.w.Lit.

Legatar den dies cedens erlebt, mußte der Erblasser für den Fall des Vorversterbens des Vermächtnisnehmers eine Substitution anordnen, um der Unwirksamkeit des Legats vorzubeugen. Daraus folgt, daß, wenn der Legatar den dies cedens erlebte, die Substitution hinfällig war.

Für die sehr weit gefaßte Substitutionsbedingung Si Titius decesserit, Seio ... damnas esto (D. 34.4.3 pr.) gilt das gleiche wie für die in § 3 gewählte Formulierung. Auch hier ergibt die Interpretation, daß die Substitution nur dann wirksam sein soll, wenn der Legatar den dies cedens nicht erlebt²²⁷.

Die Bedingung Si Titius ante decesserit quam accipiat (D. 34.4.3.1²²⁸) bezieht sich ihrem Wortlaut nach dagegen sicher nicht auf den dies cedens. Mit accipiat wird auf den Zeitpunkt abgehoben, zu welchem das Legat eingefordert werden kann (dies veniens). § 1 ist stark überarbeitet²²⁹. Insbesondere gilt die mora ex re seit Ferrini als interpoliert²³⁰. Das durch mera suptilitas zu erzielende Überraschende Ergebnis, daß der Erbe sowohl den Erben des Legatars als auch dem Ersatzlegatar verbindlich sei, wird zwar klassische Befürworter gehabt haben²³¹, Ulpian hat diese Lösung aber, wie D. 34.4.3.1 i.f. und § 2 zeigt, nicht gebilligt. Die in § 2 genannte Bedingung Si ante restitutum decesserit bezieht sich auf einen Zeitpunkt, der nach dem dies cedens (und sogar nach dem dies veniens) liegt. Ulpian befürwortet hier gleichwohl die Anwendung der dies cedens Regel. Erlebt der Legatar diese Stichzeit, dann kommen dessen Erben zum Zuge, der Substitut bleibt ausgeschlossen²³². Die mera suptilitas mußte hingegen auch hier zu einem utrique obligatum kommen²³³.

227 Talamanca 295.

228 Si quis Titio legaverit sic: 'Titio dato aut, si Titius ante decesserit quam accipiat, Sempronio dato', secundum meram suptilitatem utrique obligatum videri heredem, id est et Sempronio et heredi Titii. sed si quidem mora Titio ab herede facta est, ad heredes eius legati exactio transmittitur Sempronio repellendo: sin autem nulla mora intercesserit, tunc Sempronius legatum accipit, et non Titii heredes.

229 Vgl. Ind. itp. ad h.l. sowie Grosso 210 Fn. 4, 294; Biondi, Successione² 341.

230 Ferrini, Teoria generale, 382; Grosso 223 ff.; Kaser, RP II² § 298 Fn. 36 (=S. 558).

231 Segrè 353 ff.; ähnlich Grosso 295 ff., der jedoch für den klass. Rechtszustand eine Gesamtschuld annimmt, vgl. CJ 6.38.4 pr (Just. a.531).

232 Das utpote re ipsa mora subsecuta am Schluß des Paragraphen verrät sowohl nach Stellung als auch Inhalt die Handschrift der Kompilatoren. - Vgl. oben Fnn. 229 und 230.

233 Die auf mera suptilitas gestützte Auslegung wird Ulpian selbst sogleich verworfen haben, was infolge einer Textkürzung allerdings nicht mehr erkennbar ist.

Auch die Substitutionsbedingung in D. 36.1.26 pr.: *filio meo prima quaque die aut, si prius quid ei acciderit, matri eius des reddas* knüpft an die Restitution der Erbschaft an, nicht allerdings, wie Ulp. D. 34.4.3.2, an die effektive, sondern (*prima quaque die*) an die mögliche Restitution.

Wie Ulpian in D. 34.4.3.2, hält auch Julian in D. 36.1.26 pr. an der traditionellen *dies cedens*-Regel fest. Allerdings will er dem *praetor fideicommissarius* die Möglichkeit offen halten, einem ausnahmsweise entgegenstehenden Erblasserwillen Rechnung zu tragen. Ob ein solcher Ausnahmetatbestand vorliege, soll der Magistrat anhand der Person des Erben des Fideikommissars und der Mutter feststellen²³⁴. Daß Julian zunächst die Anwendung der *dies cedens*-Regel befürwortet, diese Entscheidung im Nachhinein aber wieder relativiert, kann nicht als Fälschungsindiz betrachtet werden. Vielmehr will Julian damit lediglich ein Regel-Ausnahmeverhältnis statuieren: Grundsätzlich habe es bei der Anwendung des *dies cedens*-Prinzips sein Bewenden. Nur ausnahmsweise könne ein anderer Wille des Erblassers eine von der Regel abweichende Entscheidung begründen.

Im Übrigen belegt auch die Marcellusnote die Echtheit des mit "*sed an*" eingeleiteten Satzes; denn Marcellus knüpft inhaltlich unmittelbar an den Grundtext Julians an²³⁵. Die Einwände Ferrinis²³⁶ gegen die Beachtung des Erblasserwillens durch Julian, denen sich auch Talamanca²³⁷ angeschlossen hat, überzeugen nicht. Auch wenn der Erblasser die Erben des *puer* im Einzelfall einmal nicht kennen sollte, bleibt die Lösung Julians sinnvoll. Dann spricht eben vieles dafür, daß der Erblasser eher die Mutter hat bedenken wollen. Standen aber auch die Erben des *puer* dem Erblasser sehr nahe, war eine Abwägung im Einzelfall schwieriger²³⁸.

234 Zur eben an dieser Einschränkung der *dies cedens*-Regel ansetzende Interpolationenkritik siehe oben.

235 Es geht also nicht an, den Satz *sed an* - *pueri* für interpoliert, die Note hingegen für echt zu erklären, wie Voci, *Acquisto* 111 ff. und Talamanca a.a.O. S. 302 ff. es tun.

236 A.a.O. S. 385.

237 A.a.O. S. 302.

238 Vgl. denselben Gedanken Julians in D. 38.1.25 pr (65 dig.).

Marcell kehrt in der Note zurück zu einer am Wortlaut der Verfügung und am Erblasserwillen orientierten typischen Auslegung. Die philologischen Einwände Ferrinis²³⁹ sind nicht stichhaltig: cedit statt richtig cessit kann auf einer falschen Auflösung einer Abbreviation oder einem Abschreib- bzw. Hörfehler des Schreibers beruhen. Der Satz sive antequam - fin. ist gerechtfertigt durch die Konfrontation mit Julian. Der Wechsel vom Singular "heredem pueri" zu "heredibus" und wieder zurück zur "persona heredis" sollte auch bei einem klassischen Juristen keinen Anstoß erregen, zumal im Einzelfall durchaus ein oder mehrere Erben des Legatars vorhanden sein konnten. Das eoque iure utimur freilich ist entweder ein Glossem, oder - wohl eher - die Zustimmung der Kompilatoren, die auch in D. 34.4.3 §§ 1 und 2 den Substituten dem Erben des Legatars oder Fideikommissars vorgezogen haben. Das seine Entscheidung in D. 36.1.26 pr. leitende Motiv formuliert Marcell an anderer Stelle:

D. 32.69 pr. (Marc. l.s.resp.).

Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem²⁴⁰.

Bei einer Substitutionsbedingung der Art si Titius decesserit Seio damnas esto²⁴¹ oder si Titio non dederit, Sempronio dato²⁴² war die Konkurrenz zwischen dem Legatarserben und dem Ersatzvermachnisnehmer im Sinne einer ausschließlichen Geltung des dies cedens-Prinzips zu lösen, ohne dem Wortlaut der Verfügung Gewalt antun zu müssen. In D. 36.1.26 pr. begegnet eine solche Lösung größeren Schwierigkeiten, weil die Substitutionsbedingung ausdrücklich den Zeitpunkt der frühest möglichen Restitution als terminus ante quem nennt. Nur über eine korrigierende Auslegung konnte man hier dem dies cedens-Prinzip Geltung verschaffen. Da auch für Julian die Substituion im Zweifel

239 A.a.O. S. 385.

240 Siehe auch D. 28.7.4 pr. (Ulp. 8 Sab.).

241 D. 34.4.3 pr.

242 D. 34.4.3.3 sowie D. 34.4.10.1.

allein die Unwirksamkeit des Legats im Falle des Todes des Legatars vor dem dies cedens vermeiden soll, ist Julian bereit, über den entgegenstehenden Wortlaut der Substitutionsbedingung hinwegzugehen und den Substituten mit der althergebrachten dies-cedens-Regel auszuschließen. Dagegen glaubt Marcell wegen des klaren Wortlauts der Verfügung, nicht einer Lösung das Wort reden zu können, die allein auf die Funktion der Substitution abhebt. Der in der letztwilligen Verfügung zum Ausdruck kommende Wille des Erblassers geht vielmehr dahin, den Substituten generell den Erben des Fideikommissars vorzuziehen. Die Verwirklichung dieser Absicht darf nach Marcell nicht an dem für andere Fallgestaltungen entwickelten dies cedens-Prinzip scheitern.

13. Ein Zeugnis für das unterschiedliche methodische Vorgehen Julians und Marcells gewährt

D. 23.3.44.1 (Jul. 16 dig.) = Pal. Jul. 268

Quae debitorem filium familias habet, si patri eius ita dotem promiserit: 'quod mihi debes vel quod mihi filius tuus debet, doti tibi erunt', non obligatur, sed efficit, ut id, quod actione de peculio servari a patre poterat, in dote sit. Marcellus. Sive igitur cum filio post hac sive cum patre agere instituerit, exceptione pacti conventi summovebitur: actione autem de dote si experiatur, consequetur quod in peculio fuisse apparuerit eo tempore quo dos promittatur: utique si post nuptias promissa dos est. nam dote ante nuptias promissa eius temporis peculium aestimari debet, quo nuptiae fierent²⁴³.

²⁴³ Die Ersetzung der dotis dictio durch die d. promissio ist eine der bekannten justinianischen Interpolationen, Kaser RP I² § 80 Fn. 34 (= S. 336). Daß es sich hier tatsächlich um eine Interpolation handelt, beweist die nur im Zusammenhang mit der dotis dictio gebräuchliche Wendung: doti tibi erunt; Kaser, Die Wirkungen der dotis dictio, in SD 17 (1951) 169 Fn. 2.

Wir betrachten zunächst die Entscheidung Julians:

Eine Gläubigerin will ihren Schuldner heiraten²⁴⁴. Da der Bräutigam noch in der Gewalt seines Vaters ist, bestellt sie diesem die dos. Nach der üblichen Lesart soll die dotis dictio gelautes haben: "quod mihi debes vel quod mihi filius tuus debet."; Diese dotis dictio begründet nach Julian keine Verpflichtung, sondern bewirke vielmehr, daß der Betrag, den die nuptura mit der actio de peculio vom Vater einklagen konnte, dos wurde.

Kaser²⁴⁵ folgert im Anschluß an Beseler²⁴⁶ aus der Julianentscheidung, daß die Formel des Dosversprechens nicht alternativ gefaßt war, sondern gelautes habe: quae mihi eo nomine debes, quod mihi filius tuus debet, doti tibi erunt. Denn für Julian als auch Marcell bestimme sich der Umfang der dos nach Maßgabe der Pekuliarhaftung. Darum könne, was der Sohn schulde, nicht Gegenstand der dotis dictio gewesen sein. Auch Lauria²⁴⁷ streicht vel quod mihi filius tuus debet: Statt vel müßte es aut heißen. Aber non obligatur könne sich nur auf quod mihi debes beziehen. Bei der dotis dictio der Sohneschuld wäre nämlich eine Verpflichtung entstanden; denn es wäre die Frau dem Vater auf die Differenz verpflichtet worden.

Diese Interpolationsannahmen sind aber nicht gerechtfertigt. Welchen Grund sollten ein vorjustinianischer Bearbeiter oder die Kompilatoren für einen solchen Eingriff gehabt haben? Das unpassende erunt an Stelle von erit nötigt ebensowenig zur Annahme einer so tiefgreifenden Textänderung wie die Julianentscheidung. Während sich erunt als Überlieferungsfehler erklären läßt, lassen sich die übrigen Schwierigkeiten durch eine einfache Interpunktionsänderung beheben. Anstatt 'quod

244 Daß die Frau den Vater heiraten will, meint Ortega Carrillo de Albornoz, Dotis dictio (1975) 119, vgl. aber D. 23.3.57 (Jav. 1 ex. Plaut.).

245 SD 17 (1951) 191 ff.

246 Romanistische Studien, TR 10 (1930) 184.

247 La dote romana (1938) 9 Fn. 24; wie er auch Bonifacio, La novazione nel diritto romano² (1959) 70 Fn. 33.

mihi debes vel quod mihi filius tuus debet, doti tibi erunt; muß es heißen: 'quod mihi debes' vel 'quod mihi filius tuus debet'. Julian handelte also nicht von einer alternativ gefaßten dotis dictio, sondern von zwei verschieden gefaßten Dosversprechen: 'quod mihi debes' und 'quod mihi filius tuus debet'²⁴⁸. Für beide Fälle kam er zu dem Ergebnis: ut id, quod actione de peculio servari a patre poterat, in dote sit. Das 'Quod mihi debes' ist nicht, wie gelegentlich behauptet wird, zu unbestimmt; aus dem Kontext ergibt sich, was gemeint ist: der Betrag, mit dem der pater familias aus der actio de peculio haftet²⁴⁹. Dasselbe wird nach Julian zur Mitgift, wenn die dictio lautet: quod mihi filius tuus debet. Mit dieser Auslegung steht er gleichzeitig in Gegensatz zu seinem Lehrer Javolen. In D. 23.3.57 (1 Plaut.) behandelt Javolen eben diese Klausel²⁵⁰ und entscheidet sich schließlich für die Auslegung tota pecunia, in quam filius obligatus est. Die Note Marcellus geht auf die Entscheidung Julians nicht ein, sondern greift ein anderes Problem auf: Klage die Frau nach

248 A.A. Ortega Carrillo de Albornoz S. 120 ff. Zwar will auch er den überlieferten Wortlaut der dotis dictio nicht im Wege der Textkritik ändern. Jedoch kann seiner Auslegung dieser Formel nicht gefolgt werden: "una dictio cuyo obieto aparence baja la fórmula de una disyunción inclusiva".

249 So wohl auch - wenngleich unausgesprochen - Lauria 9 Fn. 24. Die Bedenken Kaser's, a.a.O. S. 192 Fn. 92 hiergegen sind unbegründet.

250 Nuptura filio familias si socero dotem ita promiserit: 'quod filius tuus mihi debet, id doti tibi erit', interesse puto, utrum filii obligatio an patris persecutio et in rem verum promissioni contineatur. nam si id quod filium dare oportet significatum est, tota pecunia, in quam filius obligatus est, promissioni dotis continebitur: sin autem id, quod patrem de peculio vel in rem verso praestare oportebit, aestimare debebit quantum sit eo tempore id quod promittitur, ut ea summa dotis esse videatur, qua patrem eo tempore filii nomine condemnari oportebit. quod si non evidenter apparuit, de cuius mulier obligatione sensit, praesumptionem ad filii debitum spectare verisimile est, nisi evidentissime contrarium adprobetur.

Dazu zuletzt Ortega Carrillo de Albornoz 127 ff., 128 u. Fn. 26 mit weiterer Literatur. Wie ihm erscheint auch uns lediglich der nisi Satz am Ende nachträglich hinzugefügt, wohl um den Gegensatz zu Julian in D. 23.3.44.1 zu glätten.

der dotis dictio²⁵¹ gegen den Sohn oder gegen den Vater, so könne ihr die exceptio pacti conventi entgegengesetzt werden. Mit der dotis dictio verfügte die Frau unter der aufschiebenden Bedingung der Eheschließung über ihre Forderung, und zwar zugunsten des Schuldners. Wenn sie vor Ausfall der Bedingung (Auflösung des Verlöbnisses) die Forderung einklagte, setzte sie sich in Widerspruch zu ihrem Vorverhalten. Darum liegt es nahe, in der dotis dictio und ihrer Entgegennahme auch ein pactum de non petendo zu sehen, eingegangen für die Zeit bis zum Eintritt oder Ausfall der Bedingung. Eine solche Interpretation hält sich in den Grenzen der juristischen Auslegungsmöglichkeiten²⁵².

Nicht von selbst versteht sich hingegen, daß Marcell das mit dem Vater vereinbarte pactum auch dem Sohne zugute kommen läßt. Hiermit setzt er sich in Gegensatz zu Julian, der ein pactum (in favorem tertii) zugunsten des Gewaltunterworfenen in D. 2.14.21.2 (Paul. 3 ed.) ablehnt.

D. 2.14.21.2 (Paul. 3 ed.)

Nos autem his, qui in nostra potestate sunt, paciscendo prodesse non possumus: sed nobis id profuturum, si nomine eorum conveniamur, Proculus ait: quod ita recte dicitur, si in paciscendo id actum sit. ceterum si paciscar, ne a Titio petas, deinde actionem adversus me nomine eius instituas, non est danda pacti conventi exceptio: nam quod ipsi inutile est, nec defensori competit. Iulianus quoque scribit: si pater pactus sit, ne a se neve a filio

251 Ob vor oder nach der Eheschließung wird nicht gesagt. Es dürfte deshalb hierauf nicht ankommen. A.A. Kaser 193 Fn. 95 für Beschränkung auf Klageerhebung nach der Heirat. Dagegen wollen Czychlarz, Römisches Dotalrecht (1870) 129 ff. und neuerdings wieder Ortega Carrillo de Albornoz 122 ff. die Klage vor Eheschließung erhoben wissen. Ersterer korrigiert darüber hinaus die exceptio pacti conventi in eine exceptio doli.

252 Echtheitszweifel meldet jedoch Berger, Dotis dictio im röm. Recht, in Anzeiger der Akad. d. Wiss. Krakau, phil. Kl. 1909 S. 94, an. Er vermutet eine exceptio doli. Dagegen Kaser 193 Fn. 96 u. 172 Fn. 11; richtig auch Daube, Tres personae possunt dictione dotis obligari, in Juridical Review 11 (1939) 11 ff.

petatur, magis est ut pacti exceptio filio familias danda non sit sed doli prosit²⁵³.

Nach Proculus nützt das vom Gewalthaber vereinbarte pactum dem Gewaltunterworfenen nicht. Paul ist der Meinung, daß ein gewaltfreier Dritter auch dann aus dem pactum keine Rechte herleiten könne, wenn der Paktierende anschließend zum defensor des Dritten wird. Für uns interessant ist das Referat über Julians Standpunkt. Danach entsteht dem Sohn aus dem pactum 'ne a se neve al filio petatur' zwar keine exceptio pacti conventi, wohl aber aufgrund des pactum eine exceptio doli²⁵⁴. Die unterschiedliche Begründung desselben Ergebnisses wirft ein bezeichnendes Licht auf das dogmatische Verständnis Julians und Marcells.

Nach Julian ist die exceptio doli gegenüber der exceptio pacti conventi subsidiär,

D. 2.14.10.2 (Ulp. 4 ed.)

Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros et Iulianus scripsit et alii plerique consentiunt.

Diese Rangordnung wurde für Julian dort praktisch, wo nach seinem Dafürhalten ein pactum de non petendo in favorem tertii wegen der Unzulässigkeit des alteri cavere nicht wirksam vereinbart werden konnte: So lehnt Julian die Ausdehnung des zwischen Gläubiger und Bürgen vereinbarten pactum auf den Hauptschuldner ab, gewährt aber dem Hauptschuldner dafür die exceptio doli, wenn die Parteien auch dessen Befreiung gewollt haben²⁵⁵. Die adjektivische Haftung des pater familias

253 Hierzu eingehend zuletzt Wacke, Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aufhilfsfunktion der exceptio doli, in SZ 90 (1973) 244 ff. m.w.L.

254 Die Gewährung einer exceptio doli ist fast durchweg verdächtigt worden; Nachweise bei Wacke 246 u. Fn. 120. Dagegen zurecht Wacke S. 246 ff.

255 D. 2.14.25.2 (Paul 3 ed.).

ist der Bürgschaftshaftung sehr ähnlich²⁵⁶. Ein wesentlicher Unterschied liegt aber indessen darin, daß bei der Vaterhaftung de peculio durch die Erstreckung des pactum auf den Sohn der Gläubiger nicht weiter belastet wird. Zwar kann der Haussohn verklagt werden, aber die Vollstreckung scheitert an der Hausgewalt des Vaters²⁵⁷. Bei der Bürgenhaftung haben die Juristen dem Bürgen eine exceptio aus dem pactum de non petendo des Hauptschuldners mit dem Gläubiger zugute kommen lassen, weil nur dadurch, wegen des Bürgenregresses, der gewollte Schutz des Hauptschuldners erreicht werden konnte²⁵⁸. Die Regel alteri stipulari nemo potest, die unter der selbstverständlichen Einschränkung steht, daß ein Erwerb durch Gewaltunterworfenen möglich war²⁵⁹, ist von den Klassikern zunehmend restriktiver interpretiert worden²⁶⁰. So gesehen steht der Ausdehnung des pactum de non petendo auf den Sohn durch Marcell kein unüberwindbares dogmatisches Hindernis entgegen. Im Gegenteil scheint eine teleologisch restriktive Interpretation des alteri cavere nemo potest im Hinblick auf die Auslegung des über den Bereich der Stipulation hinausgehenden Grundsatzes alteri stipulari nemo potest geradezu geboten. Während Marcell offenbar als erster diesen Weg geht, sucht Julian den Schutz des filius mit der allgemeinen Waffe der Arglisteinrede zu sichern, was zwar ein Fortschritt gegenüber der rigorosen Lösung des Proculus darstellt, in seiner Begründung aber nicht völlig überzeugt.

Interessant ist die Beobachtung, daß Marcell zu dem von Julian angeschnittenen Problem des Inhalts der dotis dictio keine Stellung nimmt, sondern durch Fortentwickeln des Lebenssach-

256 Wacke 247.

257 Kaser RP I² § 82 IV,2 (= S. 343).

258 D. 17.1.29 pr (Ulp. 17 disp.); D. 34.3.5 pr. (Ulp. 23 Sab.); D. 18.5.3 (Paul 33 ed.); D. 2.14.23; l. 27.1 h.t. (alle Paul 3 ed.); l. 32 h.t. (Paul 3 Plaut.).

259 Nörr, Spruchregel und Generalisierung, SZ 89 (1972) 58 ff.; vgl. auch Apathy, Zur Exceptio pacti aufgrund eines pactum in favorem tertii, in SZ 93 (1976) 97 ff.

260 Weitere Ausnahmen bei Apathy a.a.O. S. 99 ff.

verhalts eine neue Problematik ins Spiel bringt²⁶¹, zu deren Bewältigung er - in gleichzeitiger Konfrontation mit Julian - neue Anstöße liefert²⁶².

IV. Auffallend unbefangen nimmt sich der Umgang Marcells mit leges und Klagformeln aus. Hier befürwortet er eine extensive Interpretation, ohne jedoch die Ableitbarkeit oder Kalkulierbarkeit seiner Ergebnisse aufs Spiel zu setzen. Freilich fand er damit nicht immer die Gefolgschaft seiner Kollegen.

14. In D. 41.3.15 pr (Paul 15 Plaut.) geht es um die Frage, ob die zugunsten eines in Kriegsgefangenschaft geratenen Erbsitzungsbesitzers laufende Ersitzung seinen Erben zugute kommt:

D. 41.3.15 pr. (Paul 15 Plaut.) = Pal. Jul 762

Si is, qui pro emptore possidebat, ante usucapionem ab hostibus captus sit, videndum est, an heredi eius procedat usucapio: nam interrumpitur usucapio, et si ipsi reverso non prodest, quemadmodum

261 Weitere Beispiele für Noten, die nur noch in losem Zusammenhang zum Kontext Julians stehen, oben § 5, III.

262 Im letzten Teil der Note erörtert Marcell den Inhalt der dos, indem er unterscheidet, ob diese vor oder nach der Ehe versprochen wurde. Im letzten Falle käme es auf den Pekuliumsinhalt zum Zeitpunkt der dotis dictio an, sonst auf den der Eheschließung. Diese Differenzierung wurde z.T. verdächtigt, weil sie in Widerspruch zu D. 23.3.57 (Jav. 1 Plaut.) steht, und andererseits eine d.d. nach der Ehe nach klassischem Recht nicht möglich gewesen sein soll. Letzteres dürfte aber durch GE 2,9,3 ohne Zweifel widerlegt sein. In der Sache ist ein Klassikerstreit wahrscheinlich. Wie Marcell stellt auch Tryphonin D. 23.2.45 (8 disp.) für den Fall der d.d. vor der Ehe auf den Zeitpunkt der Eheschließung ab, während er in § 1, wenn ein Drittschuldner auf Geheiß der Frau die d.d. erklärt, den Zeitpunkt der d.d. für maßgebend erklärt. Zum ganzen Kaser, SD 17,193 u. Fn. 99 m.w.Nachweisen. Für Interpolation des Schlusses neuerdings wiederum Ortega Carillo de Albornoz 96.

heredi eius proderit? sed verum est eum in sua vita desisse possidere, ideoque nec postliminium ei prodest, ut videatur usucepisse. quod si servus eius, qui in hostium potestate est, emerit, in pendentis esse usucapionem Iulianus ait: nam si dominus reversus fuerit, intellegi usucaptum: si ibi decesserit, dubitari, an per legem Cornelianam ad successores eius pertineat. Marcellus posse plenius fictionem legis accipi. quemadmodum enim postliminio reversus plus iuris habere potest in his, quae servi egerunt, quam his, quae per se vel per servum possidebat, cum ad hostes pervenit. nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est. ideoque in successoribus locum non habere usucapionem²⁶³.

Am Anschluß an die Fragestellung greift Paul zunächst den Fall auf, daß der Kriegsgefangene nach Rom zurückkehrt. Mit dem Satz si sibi decesserit - pertineat wendet er sich der Ausgangsfrage wieder zu.

Kehrte der Gefangene zurück, so galt nach ius postliminium, daß alle Rechte, die mit der Gefangennahme in pendentis waren, so angesehen wurde, als hätte der Zurückgekehrte sie immer behalten²⁶⁴. Freilich rechnete eine verbreitete Meinung den Besitz nicht zu den vom ius postliminium erfaßten Rechten, sondern sah in ihm eine Tatsache, auf die das Heimkehrrecht

263 Literatur: Bechmann, Das ius postliminium (1872) 94 ff.; Di Marzo, Sulla dottrina romana dell' eredità giacente, in St. Scialoja II (1905) 55; Baseler, Betr. IV (1920) 66; Vassalli, Miscellanea critica di diritto romano II (1914) 44 ff.; Sertorio, Prigonia di guerra (1915) 74 ff., 82 ff.; Ratti, Studi sulla captivitas III in Ann. Mac. I (1926) 60 ff.; Wolff, The lex Cornelia de captivis and the Roman Law of Succession, in TR 17 (1941) 159 ff.; Solazzi, Il concetto dell' ius postliminii, in Scritti Ferrini II (1947) 298 ff.; Amirante, Captivitas e postliminium (1950) 144 ff.; ders., Pendenza e prigione di guerra, Labeo 9 (1963) 29 ff.; ders., NNDI 12 (1966) 429 s.v. postliminio; Fuenteseca, Possessio domino ignoranti, in AHDE 24 (1954) 567 ff.; Nicotia, L' acquisto del possesso mediante i potestati subiecti (1960) 236 ff.; Di Lella, Sull' acquisto del possesso domino ignoranti, Mnem. Solazzi (1964) 452 ff.; Wesel, Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen (1967) 56 ff.; Benöhr, Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klass. röm. Recht (1972) 116 ff.

264 Kaser RP I² § 68 II,2 (= S. 290).

keine Anwendung fand²⁶⁵. Danach wurde der Besitz, den der in Kriegsgefangenschaft geratene dominus selbst ausübte, durch die Gefangennahme unterbrochen. Während Pedius²⁶⁶ offenbar der Meinung war, daß durch die captivitas jeglicher Besitz endete, setzte sich jedoch die schon von Labeo²⁶⁷ vertretene einschränkende Ansicht durch, daß die einmal begonnene Ersitzung an Gegenstände, die ein Sklave des captivus für sein Pekulium erworben hatte, zugunsten des Heimkehrers fortduere²⁶⁸.

Starb allerdings der Herr in der Gefangenschaft, so soll Julian Zweifel gehabt haben, ob für die Erben die Ersitzung weiterläuft²⁶⁹. Aus D. 49.15.22.3 (Jul. 62 dig.) = Pal. Jul. 762 in Verbindung mit dem ersten Teil von D. 41.3.15 pr. läßt sich jedoch die Antwort, zu welcher sich Julian offenbar durchgerungen hat, unschwer entnehmen.

D. 49.15.22.3 (Jul. 62 dig.)

Quae peculiari nomine servi captivorum possident, in suspenso sunt: nam si domini postliminio redierint, eorum facta intelleguntur, si ibi decesserint, per legem Corneliam ad heredes eorum pertinebunt.

265 D. 4.6.19 (Pap. 3 quaest.); siehe auch D. 4.6.23.1 (Ulp. 12 ed.); D. 41.2.23.1 (Jav. 1 ep.); D. 49.15.12.2 (Tryph. 4 disp.); so hier auch Paul: Sed verum est eum in sua vita desisse possidere. Diese Phrase will Mommsen Dig. ad. h.l. als zweiten Satz anschließend an procedat usucapio platzieren, während Lenel Pal I 1170 Fn. 2 sie ans Ende des Principiums unmittelbar vor ideoque - fin stellen will. Beseler, Beitr. IV 66, Wolff 158, Nicosia 234 Fn. 63 und Di Lella 453 Fn. 67, die schon das videndum - usucapionem für ein Glossem halten, streichen das sed verum - usucepisse bzw. den Teil ideoque - usucepisse. Für Echtheit hat sich hingegen mit beachtlichen Gründen Benöhr 118 u. Fn. 46 ausgesprochen.

266 D. 41.3.8.1 (Paul 12 ed.).

267 D. 41.3.8 pr. (Paul 12 ed.)

268 D. 4.6.23.3 (Ulp. 12 ed.); D. 41.3.8 pr. (Paul 12 ed.) unter Zitierung Labeos, Neraz' und Julians; D. 41.3.44.7 (Pap. 23 quaest.); D. 49.15.22.3; D. 49.15.29 (Lab. 6 pith. Paul epit.). Zum ganzen ausführlich Benöhr 110 ff.

269 Das dubitari ist entgegen Beseler, Beitr. IV, 66 nicht zu beanstanden. Richtig Benöhr 119 Fn. 48.

Wenn dem reversus die Ersitzung vorenthalten wird - so die Begründung Pauls in D. 41.3.15 pr. - bleibt sie auch seinen Erben nach der lex Cornelia versagt: et si reverso non prodest, quemadmodum heredi eius proderit. Kann jedoch der Heimkehrer durch seinen Sklaven (mit Pekulium) die Sache ersitzen, dann sei eine usucapio auch nach der lex Cornelia zugunsten der Erben möglich. Dieselbe Meinung vertrat schon Julian in D. 49.15.22.3.

Marcell will jedoch durch eine extensive Auslegung der fictio legis Corneliae die Ersitzung zugunsten der Erben des captivus auch dann ermöglichen, wenn die zu ersitzenden Sachen sich nicht im Pekulium des Sklaven befinden, sondern der Sklave sie für das Vermögen des dominus verwaltet. Die Begründung findet sich in dem zumeist als verfälscht oder verkürzt bezeichneten Satz: quemadmodum enim postliminio reversus plus iuris habere potest in his, quae servi egerunt, quam his, quae per se vel per servum possidebat, cum ad hostes pervenit²⁷⁰. Für eine Textstörung gibt es jedoch keinerlei Anhaltspunkte. Marcell führt ein argumentum ad absurdum an: Es sei nicht einzusehen, daß der Heimkehrer an den von seinen Sklaven peculiariter²⁷¹ besessenen Gegenständen mehr Rechte haben sollte als an den von ihm selbst unmittelbar (per se) oder mittels eines Sklaven sui nomine (vel per servum) besessenen Sachen. Marcell befür-

270 Verdächtig von Wolff 158 ff.; Nicosia 234. Für Echtheit dagegen zurecht Benöhr 119 Fn. 51. - Mommsen Dig. ad h.l. rekonstruiert: nam si dominus reversus fuerit, intellegi usucaptum: si ibi decesserit, (per legem Cornelianam ad successores eius pertinere. quod si ipse possederit, potest) dubitari an per legem Cornelianam ad successores eius pertinere. Marcellus - possedebat, (ita a captivo coepta usucapio cum ipsi interrumpatur nec restituatur ne postliminio quidem, hereditas eius propter fictionem legis Corneliae eodem loco esse videtur quo sunt hereditates omnes ut coepta usucapio impleatur:) nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est. (sed verior est Iuliani sententia exceptis rebus peculiaribus possessionem semper interrumpi captivitate) ideoque - fin.
Wie Mommsen auch sinngemäß Lenel, Pal. § 1170 Fn. 2 bis 8. Gegen beide zurecht Di Marzo, S. 55 ff.

271 Streitig: Wie hier Amirante 147, Wesel 58, Benöhr 119; dagegen Wolff 161.

wortet das Weiterlaufen der Ersitzung in allen Fällen nach dem Heimkehrrecht²⁷². Daraus folgt, daß auch den Erben die Ersitzung immer zugute kommen soll. Daß die Aussage der Note so zu verstehen ist, versichert Tryphonin

D. 49.15.12.2 (4 disp.).

Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt. ideo eorum, quae usucapiebat per semet ipsum possidens qui postea captus est, interrumpitur usucapio, quia certum est eum possidere desisse. eorum vero, quae per subiectas iuri suo personas possidebat usuque capiebat, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur, Iulianus scribit credi suo tempore impleri usucapionem remanentibus isdem personis in possessione. Marcellus nihil interesse, ipse possedisset an subiecta ei persona. sed Iuliani sententiam sequendum est.

Offenbar im Hinblick auf Marcellus Standpunkt betont Tryphonin den Grundsatz, daß Tatsachen durch kein Gesetz (gemeint ist hier die lex Cornelia) ungeschehen gemacht werden könnten. Sodann folgt das Referat der Einschränkungen, die von der herkömmlichen Meinung gemacht werden: quae per subiectas iuri suo personas possidebat, usuque capiebat, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur. Der erste Teil "quae - capiebat" setzt einen Erwerb peculiari nomine voraus²⁷³ und unterscheidet sich von dem "vel - comprehenduntur"²⁷⁴ nur dadurch, daß die Alternative "vel - comprehenduntur" sogar

272 A.A. Bechmann 95 ff., Nicosia 237, wonach Marcellus den Erbenbesitz auch ohne Besitzmittlung durch Sklaven bejaht, Julian dagegen einen solchen prinzipiell bezweifelt habe. Wolff 158, Amirante 146 ff. und Wesel 58 meinen, Julian habe die Ersitzung zugunsten der Erben nur bei einem Sklavenbesitz peculiari nomine, Marcellus aber auch bei einem solchen domini nomine zugelassen. Nach Beseler, Beitr.. IV 66, Fuenteseca 569 und Di Lella 456 Fn. 74 hat Julian den Erbenbesitz angenommen, Marcell und Paul hätten ihn abgelehnt.

273 A.A. Nicosia 334; dagegen richtig Wieacker, Rez. Nicosia, in JURA 12 (1961) 379; Leptien, Utilitatis causa. Diss. jur. Freiburg 1968 S. 37 u. Fn. 41.

274 Von Nicosia 335 ff. zu Unrecht verdächtigt.

den Erwerb von Gegenständen nach der Gefangennahme betrifft (postea). Während Julian unter dem Beifall Tryphonins²⁷⁵ die uns schon aus D. 49.15.22.3 und D. 41.3.15 pr. bekannte Meinung vertrat, lehnte Marcell eine solche Differenzierung rundweg ab: "nihil interesse, ipse possedisset an subiecta ei persona."

Marcells Entscheidung beruht auf einer extensiven Interpretation der fictio legis Corneliae. Die Fiktion der lex Cornelia wurde zum Zwecke der Erhaltung des Testaments nicht mehr nur dahingehend ausgelegt, daß der captivus in civitate gestorben sei. Vielmehr haben die Juristen seit Marcell sie derart präzisiert, daß der Gefangene als zum Zeitpunkt der Gefangennahme gestorben angesehen wurde²⁷⁶. Mit diesem Kunstgriff war ein nahtloser Übergang des Vermögens des captivus auf seine Erben gewährleistet, so daß die allgemeine Regel 'usucapio heredi procedit'²⁷⁷ wiederum Anwendung finden und eine interruptio possessionis nicht mehr eintreten konnte. Nunmehr war es völlig gleichgültig, wie der captivus besessen hatte. Wollte Marcell andererseits den auch von ihm anerkannten Grundsatz, daß der Erbe nicht mehr Rechte erwerben könne, als dem Erblasser im Falle seiner Rückkehr zugestanden hätten²⁷⁸, nicht verletzen, mußte die Neuinterpretation der fictio legis Corneliae auch auf die Rechtslage bei Rückkehr des captivus aus der Gefangenschaft durchschlagen. Diesen Schritt ist Marcell ebenfalls gegangen, wie der Satz quemadmodum enim - pervenit in D. 41.3.15 pr. beweist.

Konstruktiv überbrückte Marcell den Zeitraum zwischen Gefangennahme und natürlichem Tod des captivus dadurch, daß er

275 Der Schlußsatz ist nicht ohne weiteres als interpoliert zu verwerfen, vgl. Benöhr 121 Fn. 67 m.w.Nachweisen.

276 D. 49.15.18 (Ulp. 35 Sab.).: In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. - Anders aber nach wie vor Paul D. 41.3.15 pr. Hierzu Bechmann 94 ff.; Nicosia 236.

277 D. 41.2.13.5 (Ulp. 72 ed.); 41.3.20 (Jav. 4 epist.); D. 41.4.7 pr. (Jul. 44 dig.).

278 D. 49.15.1 (Marc. 22 dig.); D. 49.15.22.1 (Jul. 62 dig.).

die Grundsätze der hereditas iacens angewandt wissen wollte. Die Erbschaft sollte gleichsam an die Stelle des als tot fingierten Erblassers treten²⁷⁹.

Zwar wurde in der Folgezeit die von Marcell verfeinerte Interpretation der fictio legis Corneliae durch die Spätklassiker Überwiegend aufgenommen²⁸⁰. Den von Marcell für die lex Cornelia und das ius postliminii daraus hergeleiteten Konsequenzen hat man jedoch die Zustimmung versagt²⁸¹. Offensichtlich war man nicht bereit, den durch die neue Konzeption zwar nicht verletzten, aber durch die Erweiterung der Fiktion doch überspielten Grundsatz aufzugeben, daß res facti nicht ungeschehen gemacht werden können²⁸².

15. Keine Gefolgschaft fand auch seine Lösung in

D. 7.1.12.5 (Ulp. 25 sab.) = Pal. Jul. 496

Iulianus libro trigensimo quinto digestorum tractat, si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui conditione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario conditionem competere, fructuario autem furti actionem quoniam interfuit eius fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant eius: nam si fiunt, qua ratione hoc evenit? nisi ea, ut interim fierent proprietarii, mox adprehensi fructuarii efficientur, exemplo rei sub conditione legatae, quae interim

279 Dazu v. Lübtow, Betrachtungen zur hereditas iacens, in St. Grosso II (1968) 613 ff. Streichen will diesen Passus einmal mehr Beseler, a.a.O. S. 66.

280 Bechmann 94 ff. mit Quellennachweisen; Nicosia 236 u.Fn. 70. Einzige Ausnahme offensichtlich Paul. Vgl. auch Fn.276.

281 Man beachte die ablehnende Haltung Pauls in D. 41.3.15 pr. Das ideoque im Schlußsatz knüpft oben an den sed verum - Satz an. Eine Streichung als unverständlich verbietet sich. A.A. aber Wolff 158, 159. Wie hier Benöhr 120 u.Fn. 56. - Gegen Marcell auch Tryphonin D. 49.15.12.2.

282 Zu diesem Prinzip siehe die Quellennachweise oben Fn.265.

heredis est, existente autem condicione ad legatarium transit. verum est enim condictionem competere proprietario. cum autem in pendenti est dominium (ut Iulianus ait in fetu qui summittitur et in eo quod servus fructuarius per traditionem accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto), dicendum est condictionem pendere magisque in pendenti esse dominium.

Gegenstand der Erörterungen ist die Frage, wem der Dieb, der die reifen, noch nicht abgetrennten Früchte eines Nießbrauchsgrundstücks entwendet hat, mit der *condictio ex causa furtiva* haftet: dem Nießbraucher oder dem Eigentümer des Grundstücks? Julian entscheidet sich für den Eigentümer; dem Usufruktuar stehe lediglich die pönale *actio furti* zu. Die Entscheidung über die Aktivlegitimation zur *condictio* rechtfertigt Julian mit dem Eigentumserwerb an den Früchten des Nießbrauchsgrundstücks: Mit der Trennung durch den Dieb sei der Nießbraucher noch nicht Eigentümer der Früchte geworden. Er erwerbe sie erst durch Perzeption. Demgegenüber sei, wie Ulpian berichtet, für Marcell entscheidend gewesen, daß der Nießbraucher die Früchte zu eigen erwerbe, wenn er sie später, nach dem Diebstahl, erlange. Gegen Marcell zieht Ulpian aus dieser Überlegung den Schluß, daß die Früchte also in der Zwischenzeit bis zur Perzeption, dem Eigentümer des Grundstücks gehört haben müssen. Folglich sei allein er zur Geltendmachung der *condictio* befugt. Sei aber das Eigentum in der Schwebe, - wie etwa in den auch von Julian behandelten Fällen des *fetus in gremio submissus*, oder des Nießbrauchsklaven, der eine Sache gekauft, den Kaufpreis aber noch nicht bezahlt hat - so sei auch die *condictio in pendenti*.

Die *condictio ex causa furtiva* stand bekanntlich allein dem Eigentümer der gestohlenen Sache zu²⁸³. Mit diesem Prinzip stimmt Julians Entscheidung überein: Mit der Perzeptionsthe-

283 Gai. 4,4; D. 13.1.1 (Ulp. 28 Sab.); D. 47.2.14.16 (Ulp. 29 Sab.); Kaser, Zum Früchterwerb des Usufruktuars, in St. Scherillo I (1972) 409 = Ausgewählte Schriften II (1976) 151; ders. RP I² § 143 III (= S. 618).

orie ging er davon aus, daß die Früchte bis zur Ergreifung durch den Nießbraucher im Eigentum des Grundeigentümers sind. Diese Lösung war, soweit wir sehen, allgemein anerkannt²⁸⁴. Keine Schwierigkeiten bereitet auch die Interpretation der Marcellusnote, wenn man nur den Text so nimmt, wie er dasteht; philologischer Purismus ist bei Ulpians Sabinuskommentar am allerwenigsten angebracht²⁸⁵.

284 Weitere Quellenbelege für das Perzeptionsprinzip: D. 22.1.25.1 (Jul. 7 dig.); D. 33.1.8 (Gai. 5 Jul. et Pap.); D. 7.4.13 (Paul 3 Sab); D. 7.1.25.1 (Ulp. 7 Sab.), dazu unten S. 121 ff.; I. 2.1.36. - Hingegen verdächtigt Pampaloni, *Il concetto classico dell' usufrutto*, in Bull. 22 (1910) 137 ff. die genannten Quellen. Die Kompilatoren hätten den Perzeptionserwerb an die Stelle des klassischen Separationsprinzips gesetzt. Diese Annahme hat sich indessen in der Folgezeit als unhaltbar erwiesen: siehe Lenel, *Textkritische Miscellen* SZ 39 (1918) 158 u. Fn. 2; Haymann, *Textkritische Studien zum röm. Obligationenrecht*, SZ 40 (1919) 242 u. Fn. 1; Ramelet, *L' acquisition des fruits par l' usufrutier et par le possessor bonae fidei* (1945) 89; Pachy, *Iudicium voluntatis*, Bull. 57/58 (1953) 371 ff.; Grosso *Usufrutto*² 135 ff.; Bretones, *La nozione romana in usufrutto* (1962) 135 ff., 137 und Fn. 132 m.w.L. Wesener, *Julians Lehre vom usufructus* SZ 81 (1964) 101 u. Fn. 119; Bonfante, *Corso III*² (1972) 80; Kaser (oben Fn. 283); ders. auch schon, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in FS Koschaker I (1939) 468 u. Fn. 126 = *Ausgewählte Schriften II* (1976) 98 Fn. 126; Thielmann, *Produktion und Fruchterwerb*, SZ 94 (1977) 91 und Fn. 63. - Die genannten Quellen gehen bis auf Julian zurück. Zusammen mit der Beobachtung, daß Julian seine Entscheidung in D. 7.1.12.5 mit einem vorsichtigen *putat* einleitet, kann man vermuten, daß vor Julian möglicherweise das Separationsprinzip galt; vgl. Kaser, St. Scherillo I 423, ders. schon, *Natürliche Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in SZ 65 (1947) 260; Thielmann a.a.O. S. 94.

285 Stil und Stoffanordnung muten bisweilen eher wie eine ungeordnete Materialsammlung an, die von einem Dritten (posthum) herausgegeben wurde, als ein von Ulpian ediertes Werk, vgl. Wieacker, *Textstufen*, op. cit. 295 ff. zu FV 75. Deshalb darf auch die holprige Sprache (nam si fiunt - efficientur) nicht überraschen. A.A. Lenel (oben Fn. 284) 158. De Martino, St. Scorza (1940) 294 Fn. 63 betrachtet das *licet* - *separentur* als explikative Glosse. Den Schlußsatz cum auten - fin. will zu Unrecht Segrè, Riv. dir. comm. I (1905) 409 Fn. 2 streichen; gegen ihn richtig, Amirante, *Ususfructus gregis*, in St. Arancio-Ruiz III (1953) 289 u. Fn. 19; Eisele, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen* SZ 11 (1890) 16 verdächtigt nur den letzten Teil des Schlußsatzes: *magisque* - fin. Der Zusatz ist in der Tat tautologisch. Aber auch dies findet seine Erklärung in der Eigenart der libri ad Sabinum. - Zu Unrecht

Die Note wird von den meisten Autoren dahingehend interpretiert, daß auch Marcell, wie Julian, dem Eigentümer des Grundstücks die *condictio* zusprach²⁸⁶. Marcell habe in seiner Anmerkung die Rechtslage erörtert, die entstünde, wenn der Nießbraucher später den Besitz der Früchte erlange.

Diese Interpretation findet im Text jedoch keine Grundlage. Schon das autem Ulpian's zu Beginn des Referats der Note deutet darauf hin, daß Marcell über die Aktivlegitimation zur *condictio* anderer Ansicht war als Julian. Diese Annahme wird bestätigt durch die Folgerung Ulpian's: *verum est enim con-dictionem competere proprietario*. Dieser Satz wäre unverständlich, wenn nicht eine Auseinandersetzung mit einer Gegenposition stattgefunden hätte. Die Marcell'sche Kritik setzt aber nicht, wie De Martino meint²⁸⁷ bei der Perzeption an; der Satz *si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant eius* belegt, daß auch für Marcell die

angezweifelt wurde auch die Phrase *quidem - sed tamen ab eo satisfacto* von Pringsheim, Der Kauf mit fremdem Geld (1916) 55, ders. Eigentumsübergang beim Kauf, SZ 50 (1930) 408; Meylan, Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue, in St. Bonfante I (1930) 466 ff.; dagegen Schönbauer, Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf, SZ 52 (1932) 223 ff.; Kaser, RP I² § 100 IV, 3 (= S. 418 m.w.L. Fn. 43). Das Erfordernis der Kaufpreiszahlung für den Eigentumsübergang war in klass. Zeit dadurch abgeschwächt, daß der Zahlung die Kreditierung gleichgehalten wurde. - Völlig willkürlich, wenngleich nicht sinnentstellend, Beseler, SZ 50 (1930) 74, ders. Beitr. III (1913) 85 (zu *custos* und *fortassis*); Beitr. V (1921) 21 (*ratio*). Anzumerken ist lediglich die bekannte Ersetzung der Mancipation durch die *traditio*, vgl. Archi, Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana (1934) 55; Arangio-Ruiz, Compravendita² 293; Amirante, op.cit. 288 ff.; Bretone a.a.O. S. 135 Fn. 126 m.w.N., unbegreiflich auch das zögerliche *fortassis*, vgl. schon Pappaloni 138 u. Fn. 11; Beseler, Betr. III (1913) 85. Freilich kann man *fortassis* wiederum mit einer noch nicht völlig durchdachtem, vorläufigen Aufzeichnung Ulpian's in Zusammenhang bringen. Der posthume Herausgeber hat die Ungenauigkeit nicht bemerkt.

286 Beseler, SZ 50 (1930) 74 mit radikaler Textkritik; Kaser, St. Scherillo I 409 ff.; Schiemann, Pendenz und Rückwirkung (1973) S. 14.

287 St. Scorza, S. 293.

Besitzergreifung an den Früchten Voraussetzung des Eigentums-
erwerbs durch den Nießbraucher war²⁸⁸.

Ulpian deutet durch die Art seines Berichts Marcells Stand-
punkt lediglich an, um ihn sogleich mit einer rhetorischen
Frage zu verwerfen²⁸⁹. Keine Zweifel: Marcell gewährt dem
Nießbraucher von vornherein, also auch schon vor der Besitz-
ergreifung, die *condictio*. Damit geriet er freilich in Kon-
flikt mit dem Grundsatz, daß die *condictio ex causa furtiva*
nur dem Eigentümer zustehe. Indessen ist Marcell sichtlich
bemüht, diesen Reibungspunkt in seiner Lösung abzuschwächen.
Seine Begründung macht deutlich, daß er dem Nießbraucher die
Kondiktion nicht qua Nießbraucher, sonder als poteniellem Ei-
gentümer gewährt²⁹⁰. Er erreicht damit, daß derjenige, dem
die Früchte zustehen, auch die berechtigten Mittel in die
Hand bekommt, um sein Recht - ohne den Umweg über die *vindi-*
catio ususfructus gegen den *dominus fundi* - selbständig wahr-
nehmen zu können.

16. Marcell ist Ulpians Gewährsmann für die Stärkung der
Position des Servitutberechtigten in

D. 8.5.4.5 (Ulp. 17 ed.) = Pal.Jul. 106.

Si quis mihi itineris vel actus vel viae contro-
versiam non faciat, sed reficere sternere non
patiat, Pomponius libro eodem scribit confes-
soria actione mihi utendum: nam et si arborem
impendentem habeat vincinus, qua viam vel iter

288 Grosso, *Usufrutto* ² 136 ff.

289 Wlassak, *Vindikation und Vindikationslegat*, in SZ 31 (1910)
275 Fn. 2 meint, die Note Marcells reiche bis *legatarium*
transit. Dagegen ist der Satz *nam si fiunt* deutlich als
ulpianisch auszumachen, wie uns Sprache und Stil anderer
Fragmente aus den *libri ad Sab.* zeigen. - zu FV 75 vgl.
nur Wieacker, *Textstufen* 295 ff. Ein Blick auf dieses Frag-
ment lehrt auch, daß man aus der bloßen Andeutung des Mar-
cellischen Standpunktes nicht auf eine Kürzung des Frag-
ments durch die Kompilatoren schließen kann.

290 Richtig schon Bretone 138.

inviu vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam, sed de refectione viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit: non tamen si silice quis sternere velit, nisi nominatim id convenit.

Der Eigentümer des mit einer Wegegerichtigkeit belasteten Grundstücks bestreitet dem Servitutsberechtigten zwar nicht die Existenz des dinglichen Rechts, duldet aber nicht die Ausbesserung des Weges. Ulpian folgt Pomponius, der dem Dienstbarkeitsberechtigten die konfessorische vindicatio servitutis gewährt. Er stützt diese Auffassung mit einer Note Marcellus, die dem Berechtigten die vindicatio servitutis für den Fall zuspricht, daß die Ausübung der via oder des iter durch einen Überhängenden Baum behindert wird²⁹¹.

Im 17. Buch des Ediktskommentars erörtert Ulpian die vindicatio servitutis²⁹². Dabei mußte Marcellus zwangsläufig auch das Verhältnis der zivilen vindicatio servitutis zum prätorischen interdictum de itinere, actuque reficiendo behandeln. Wie wir seit Jhering²⁹³ wissen, ist uns mit D. 8.5.4.5 ein Stück Entwicklungsgeschichte der vindicatio servitutis überliefert. Ursprünglich konnte der Servitusberechtigte die Duldung nötiger Reparaturen des Weges nur mit Hilfe des Inter-

291 Segrè, La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell' usufrutto e delle servitù, in *Mélanges Girard* II (1912) 596 ff., der zu Unrecht die Bezeichnung actio confessoria für die vindicatio servitutis verdächtigt, hält den ganzen § 5 für stark überarbeitet. Ulpian und Marcellus hätten ursprünglich nur vom iter gehandelt. Dieser Behauptung liegt jedoch eine Fehlinterpretation des letzten Satzes des § 5 zugrunde. Die Stelle besagt nicht - wie Segrè ihr entnimmt - daß die actio confessoria nur deshalb bei Behinderung des iter und actus zur Anwendung komme, weil das interdictum de itinere actuque reficiendo nur für die via gelte. Dem Schlußsatz kommt bei der Interpretation der Stelle eine andere Bedeutung zu, wie sogleich zu zeigen ist, vgl. im Anschluß an Segrè, Solazzi, *La tutela e il possesso delle servitù* (1949) 8 ff. Gegen Segrè richtig Rodger, *Actio confessoria*, SZ 88 (1971) 184 ff.

292 Lenel, Pal. II 517 ff.

293 Geist des römischen Rechts, III, 1⁸ (1954) S. 29 Fn. 9. - Siehe auch Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* II (1901) 498 ff.

dikts erzwingen²⁹⁴, bei dem aber sowohl das Recht, wie dessen Ausübung bewiesen werden mußten²⁹⁵. Pomponius eröffnete dem Dienstbarkeitsberechtigten die konfessorische vindicatio servitutis²⁹⁶. Damit verstärkte er den Schutz des Berechtigten, der bei der vindicatio lediglich den Bestand der Servitut und nicht auch deren Ausübung beweisen mußte. Marcell verfuhr in einem Fall ebenso: er gewährte dem Berechtigten die vindicatio servitutis, wenn vom belasteten Grundstück Überhängende Baumzweige die Ausübung der via oder des iter behinderten oder unmöglich machten. Ihre Verweigerung hätte den Servitutsberechtigten in diesem Fall völlig schutzlos gelassen, weil das interdictum de itinere actuque reficiendo bei Hindernissen im Luftraum nicht anwendbar war. Wie Pomponius erweiterte auch Marcell den Schutz des Dienstbarkeitsberechtigten durch eine extensive Anwendung der vindicatio servitutis: Derjenige Grundstückseigentümer, der die üblichen Reparaturen des Weges nicht duldet (Pomponius) oder dessen Bäume die Wegegerechtigkeit eines anderen durch Überhängende Zweige behinderten (Marcell) wurde so angesehen, als bestreite er die Existenz der Servitut²⁹⁷. Pomponius' Entscheidung geht insoweit über die Marcellis noch hinaus als sie - worauf Ulpian im Schlußsatz besonders hinweist²⁹⁸ - die vindicatio servitutis in einem Fall gewährt,

294 Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius est, reficias, vim fieri veto (Lenel, EP³ 479).

295 D. 43.19.3.13 (Ulp. 70 ed.).

296 Vgl. auch schon D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 Sab.): Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiundum. Zum ganzen Grosse, Il servitù prediali nel diritto romano (1969) 294; Franciosi, Studi sulle servitù prediali (1967) 101 ff.

297 Grosso, S. 294. Biondi, Le servitù prediali nel diritto romano, Corso (1969) 343.

298 Die Betonung Ulpians, das Interdikt gelte auch für die Instandhaltung der via, lag nahe, da der Wortlaut des Interdikts lediglich das iter actumque nannte und sich daher die Frage stellte, ob es trotzdem auch auf die via anwendbar sei. Vgl. auch D. 8.3.1 pr. (Ulp. 2 inst.) Via est ius eundi et agendi. Zur Gleichsetzung der via mit den asyndetisch nebeneinandergestellten ire agere, siehe Lenel EP³ 192; Kaser, SZ 85 (1968) 520 Fn. 8; Rodger 210. Zum Inhalt der Wegegerechtigkeiten Kaser RP I² § 105 II (= S. 441); zuletzt Capogrossi Colognesi, La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nel'

der schon vom interdictum de itinere actuque reficiendo erfaßt wurde.

17. Eine extensive Anwendung der hereditatis petitio befürwortet Marcell in:

D. 5.3.13.13 (Ulp. 15 ed.) = Pal. Jul. 77

Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni an teneatur. et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni. quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.

Ulpian gewährt die hereditatis petitio nicht nur gegen den Erbschaftsbesitzer, sondern auch gegen jemanden, der nichts besitzt. Zur Bekräftigung seiner Ansicht zitiert er Celsus aus dessen 4. Buch der Digesten. Das Zitat ist uns in D. 5.3.45 auch direkt überliefert²⁹⁹. Auch Marcell habe in einer Note zu Julian diese Meinung "generaliter" gebilligt: Jemand, der sich auf eine actio in rem einlasse, hafte als 'quasi possidens'.

etâ repubblicana II (1976) 117 ff. Die von Segrè geäußerten Zweifel an der Echtheit der via sind daher unbegründet. Die Phrase confessoria actione mihi utendum ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß die vindicatio servitutis der einzige Rechtsbehelf sei; richtig Rodger 210. - In Anbetracht des klassischen Inhalts will ich auch den fast allseits verdächtigten nisi-Satz am Ende des § 5 nicht ohne weiteres für kompilatorisch erklären, vgl. D. 43.19.3.14 (Ulp. 70 ed.). Gegen Echtheit: Segrè 596 Fn. 2; Franciosi 101 Fn. 34; Rodger 209 Fn. 75.

299 D. 5.3.45 (Celsus 4 dig.). Qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere actorem ab initio litis scire eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.

D. 5.3.13.13 u. D. 5.3.45 stehen im Brennpunkt des Literaturstreits, ob die Ausdehnung der hereditatis petitio auf den 'liti se offerens' bereits in klassischer Zeit stattgefunden habe und diese Entwicklung von den Byzantinern lediglich zum Abschluß gebracht worden sei, oder aber, ob erstmals die Kompilatoren die hereditatis petitio extensiv angewendet haben.

Aufgrund mehr oder weniger weitreichender Interpolationsannahmen³⁰⁰ sowie einer Gesamtschau von D. 5.3.13.13 und D. 5.3.45³⁰¹ werden die Entscheidungen des Celsus auf die clausula doli der cautio iudicatum solvi bezogen³⁰². Die für diese Auffassung ins Felde geführten Gründe hat zuletzt noch einmal Albanese³⁰³ zusammengefaßt und ergänzt. Danach sei im ersten Satz von D. 5.3.13.13, der die Anwendbarkeit der hereditatis petitio auch auf einen Nichtbesitzer beinhaltet, nicht der 'liti se offerens' gemeint. Der Satz "peti hereditas potest ... et si nihil" könne sich wie in D. 5.3.9 und D. 5.3.13.15 (beide Ulp. 15 ed.) auf den Erbschaftsschuldner beziehen³⁰⁴. Nicht auszuschließen sei auch eine kompilatorische Herkunft dieser Phrase. Auffallend sei, daß Ulpian, obwohl er zu Beginn des § 13 unumstößlich die Verfügbarkeit der hereditatis petitio auch gegen einen Nichtbesitzer versichert habe, im Fortgang der Stelle dies für den 'liti se offerens' wieder in Frage stelle. Darüber hinaus deute die Begründung des Celsus in D. 5.3.13.13: "ex dolo eum teneri" eher auf eine Haftung aufgrund der clausula doli der cautio iudicatum solvi hin, als auf die hereditatis petitio. Der letzte Halb-

300 So streicht Beseler, Beitr. IV (1920) S. 6 u. 7 das et si nihil und generaliter ebenso wie den letzten Halbsatz omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. Dem hat Kaser, Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen, SZ 51 (1931) 103 ff. zugestimmt. In SZ 72 (1955) 101 u. Fn. 37, Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio, hält er unsere Stelle jedoch der Sache nach für klassisch. Maria, Sur la possession du défendeur à la rei vindicatio, in Études d'histoire juridique Girard II (1913) 244 u. Fn. 1 verdächtigt den ersten Satz des § 13.

301 Lenel, Pal. I 132 u. Fnn. 1 u. 2, ders., Rei vindicatio und actio ad exhidendum, in GrünhutsZ. 37 (1910) 532 eliminiert in D. 5.3.45 die Worte condemnatur - optulit; ebenso Longo, L' hereditatis petitio (1933) 33; Dénoyez, Le défendeur à la pétition d' hérédité privée en droit romain (1953) 37 u. Fn. 27; Biondi, Diritto ereditario romano I (1954) 401. Albanese, Rei vindicationi se offerre e actio de dolo, in Ann. Pal. 33 (1972) 413 ff. tilgt lediglich si evidentissimis probationibus.

302 Zu dieser Kaser, RZP (1966) § 39 III (= S. 210 ff.).

303 Oben Fn. 301.

304 So schon Di Paola, Saggi in materia di hereditatis petitio (1954) 12 ff., 14 u. Fn. 45.

satz: *omnem, qui se offert petitioni quasi possidentem teneri* sei, obwohl er keine formalen Interpolationsmerkmale aufweise, kompilatorisch. Nach Albanese hat Marcellus nicht etwas völlig anderes als Celsus in dem Satz *omnem - teneri* gesagt. Die Fiktion *quasi possidentem* erinnere stark an die Formulierung des SC *Iuventianum*³⁰⁵. Es scheine deshalb bei einer Überarbeitung die Maxime des für einen anderen Fall geschaffenen SC³⁰⁶ auch auf die Konstellation des *liti se offerens* angewandt worden zu sein.

Albaneses Ausführungen halten einer kritischen Überprüfung nicht stand. Celsus, Marcellus und Ulpian handelten nicht von der *cautio iudicatum solvi*, sondern von der *hereditatis petitio*³⁰⁷.

Zunächst spricht der systematische Aufbau von D. 5.3.13.13 nicht gegen diese Interpretation. Daß Ulpian den Erbschaftsschuldner im Auge gehabt habe, ist unwahrscheinlich, weil er diesen Fall bereits in D. 5.3.9 behandelt hat und die *leges* 9, 11, 13³⁰⁸ in der ursprünglichen Reihenfolge, wie bei Ulpian vorgefunden, exzerpiert worden sind. In lex 11 und lex 13 bis § 12 ist vom *debitor hereditarius* nicht mehr die Rede. Dort geht es um die Qualifizierung des Besitzes. In D. 5.3.13.13 beginnt die Erörterung der Passivlegitimation eines *liti* *se offerens*. In § 14 schließt sich die Variante des "*si quis dolo fecerit, quominus possideat*" an. Völlig außerhalb dieser Systematik wird dann in § 15 der Fall des Erbschaftsschuldners wieder aufgegriffen. Item *a debitore hereditario quasi a iuris possessor: nam et a iuris possessoribus posse hereditatem peti constat*. Die exponierte Stellung des § 15 sowie

305 D. 5.3.20.6 und D. 5.3.25 §§ 2 u.8 (beide Ulp. 15 ed.).

306 Das SC *Iuventianum* (129 n.Chr.) betraf den Fall, daß ein Erbschaftsbesitzer vor der *litis contestatio* Erbschaftssachen verkaufte; dazu Kaser RP I² § 182 I, 6 b (= S.739).

307 Wie hier Kaser, SZ 72, 100 ff.; ders. *Restituere*² 226, 228; ders. *Labeo* 18 (1972) 364, Rez Schipani, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale* (1971); Talamanca, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, St. Cagliari 43 (1964) 143 ff. Sowohl Kaser (SZ 51, 103 ff.) als auch Talamanca (*Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio* - 1956- S.45 ff.) hatten zunächst die Position der Gegenmeinung vertreten. Richtig auch Schwarz, *Studien zur hereditatis petitio*, in TR 24 (1956) 283 ff.; Schipani, a.a.O. S. 196 ff. und Sturm, Rez. Schipani, SZ 90 (1973) 447, 449. Das Buch von Marrone, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio*. Corso (Palermo 1970), in welchem Marrone das Fragment D. 5.3.13.13 behandelt, war mir nicht zugänglich.

308 Lex 12 folgt nicht der Bluhmschen Ordnung und ist ersichtlich dazwischengeschoben.

die generell abstrakte Aussage lassen Zweifel an der Authentizität aufkommen, wenngleich schon eine klassische Schuldoktrin im Zusammenhang mit der hereditas von einer quasi possessio auch bei Rechten sprach³⁰⁹. Wenn die Spätklassiker, und allen voran Ulpian, den debitor hereditarius als quasi possessor behandelten, dann ist es kaum verständlich, daß Ulpian, der in D. 5.3.9 ihn zunächst systematisch richtig bei der Qualifikation des Besitzes aufführte, ihn ein zweites Mal bei der Abhandlung des nihil possessor erwähnt haben soll. Stellung und Form des § 15 sprechen für eine nachklassische Summe, in welcher der Ulpiantext in D. 5.3.9 am Ende von l. 13 noch einmal zusammengefaßt würde.

Ausschlaggebend für eine zutreffende Interpretation von D. 5.3.13.13 ist ein richtiges Verständnis von D. 5.3.45. D. 5.3.45 ist unbestritten überarbeitet. Über den genauen Umfang der Überarbeitung besteht kein Konsens³¹⁰. Mit Kaser³¹¹ ist der Satzteil nisi si - deceptus et zu beanstanden. Vor und nach dieser Konjektur zerfällt das Fragment in zwei Teile, deren Verbindung wegen der kompilatorischen Überarbeitung nicht mehr rekonstruierbar ist. Jedenfalls hat Celsus im ersten Teil des Fragments, welches zum 5. Buch seiner Digesten gehört und wo er nach der Palingenesie die hereditatis petitio behandelte, sich für deren Anwendung beim 'liti se offerens' ausgesprochen. Insofern ist auch das "condemnatur" verständlich. In der zweiten Hälfte erwähnt er darüber hinaus die Haftung aufgrund der clausula doli der cautio iudicatum solvi. Wahrscheinlich gab Celsus dem Erben ein Wahlrecht zwischen der Erbschaftsklage und der Geltendmachung der cautio³¹². Das Celsuszitat bei Ulpian D. 5.3.13.13 bezieht sich nur auf die Entscheidung des Celsus im ersten Teil von D. 5.3.45.

Celsus hat damit eine neue Phase in der Entwicklungsgeschichte der hereditatis petitio eingeleitet, indem er die Erb-

309 Kaser, RP II² § 239 IV (= S.255); zur Klassizität des Rechtsbesitzes vgl. auch Quadrato, Hereditatis petitio possessoria (1972) 75 ff. gegen die h.M. dort S.76 Fn.5 und S.77 Fn.6; auch Cannata NNDI 13 (1966) 330 s.v. possessio.

310 Siehe oben Fn. 301.

311 SZ 72,101 u. Fn. 38; wie er auch Schipani 197 ff.

312 Kaser, oben Fn.311; Schipani 197.

schaftsklage auch gegen denjenigen zuließ, der den Besitz von Erbschaftsgegenständen lediglich behauptete, um den Prozeß auf sich zu ziehen³¹³. Rechtstechnisch gelangte er durch die Fiktion "dolus pro possessione est"³¹⁴ zu dieser bedeutsamen Neuerung.

Marcell ergriff in seiner Anmerkung zu Julian nicht nur Partei für Celsus und stellte sich damit gegen den Sabinianer Julian³¹⁵, sondern er formulierte aus der ausdrücklich nur die hereditatis petitio betreffenden Lösung des Celsus ein allgemeines Prinzip³¹⁶: Jedermann, der sich (mutwillig) auf eine actio in rem einlasse, hafte als quasi possidens. Auch für Marcell ersetzte die Fiktion "dolus pro possessione est" den in der Formel der hereditatis petitio oder rei vindicatio als Klagvoraussetzung gar nicht erwähnten Besitz³¹⁷.

V. Vergleicht man die Marcellischen Rechtsfortbildungsansätze mit den Neuschöpfungen Julians, die bei Marcell auf Ablehnung stießen³¹⁸, so ist der qualitative Unterschied nicht zu verkennen. Die Julianbeispiele sind durchweg "Ausreißer" aus dem dogmatischen Gefüge³¹⁹, während Marcells Innovationen in ein widerspruchsfreies Prinzipiengebäude eingeordnet sind.

1. Kümmert sich Julian wenig um die Einordnung seiner Lösungen, so zeichnet sich die Fortentwicklung des Rechts durch

313 Vielleicht um dem wahren Besitzer die Ersitzung zu ermöglichen.

314 Zu dieser Fiktion D. 6.1.22 (Ulp. 16 ed.); D. 50.17.131 (Paul 42 ed.) Lit.: Schipani 65 ff.; 159 ff.; 197; Kaser, Labeo 18, 362 ff.

315 Wer zur Zeit der litis contestatio nicht besitzt und den Besitz nur vorspiegelt, haftet nach der sabinianischen Schule nur aus der dolus-Klausel der Prozeßkaution: D. 4.3.39 (Gai. 27 ed. prov.); D. 44.2.9 pr. (Ulp. 75 ed.); vgl. auch Kaser, Restituere² 227.

316 Zur Regelformulierung in den Noten oben § 5 I.

317 Zur Bedeutung des Besitzes auf Seiten des Beklagten, Kaser, SZ 51 (1931) 100.

318 dazu § 6.

319 Vgl. die Zusammenfassung in § 6 II.

Marcell durch eine sichere Ableitbarkeit aus anerkannten Obersätzen (Rechtsnormen und Maximen) aus: So schließt er in Nr. I 1³²⁰ von der testamenti factio activa des filius familias miles auf seine Befugnis zur weniger einschneidenden donatio mortis causa; erläßt er in Nr. I 2³²¹ die Anlehnung an die - zumeist - sittenwidrigen Schwurbedingungen im Wege der Testamentsauslegung die sittenwidrigen Nichtschwurbedingungen. Weniger grundsätzlich sind die Pionierleistungen Marcells in den unter II aufgeführten Noten. Hier handelt es sich fast durchweg um bloße Verfeinerungen der Julianschen Lösungen. In Nr. II 3³²² vermeint er eine Interzession der Frau bei der delegatio quasi debitor. Der Erwerber eines fideikommissarisch hinterlassenen und mit Zustimmung des Fideikommissars vom Erben verkauften Grundstücks kann durch Restitution des fundus an den Fideikommissar die Erben von der Werterstattung befreien (Nr. II 4)³²³. In Nr. II 5 ist bei einem Liberationsvermächtnis ut ego liberer auch der Gläubiger Vermächtnisnehmer, wenn er durch die testamentarische Zuwendung einen weiteren Schuldner bekommt³²⁴. In Nr. II 7 soll der Gläubiger eines servus communis die actio de peculio vel de in rem verso gegen einen der Miteigentümer auch wegen des versum in das Vermögen des anderen socius geltend machen können, wenn der andere de peculio nicht belangt und der in Anspruch Genommene bei seinem socius Regreß nehmen kann³²⁵. Die Haftung für custodia umfaßt auch ein damnum iniuria datum, wenn die zu bewachende Sache von Schädern geschützt werden konnte³²⁶. Nicht mehr um eine bloße Verfeinerung, sondern um die Wahl eines besseren dogmatischen Ansatzes geht es hingegen in

320 D. 39.6.15.

321 D. 35.1.20.

322 D. 16.1.8.2.

323 D. 30.92 pr.

324 D. 34.3.3.5.

325 D. 15.3.14.

326 Nr. 8: D. 19.2.41.

Nr. II, 6³²⁷. Hier verwirft Marcell die Lösung Julians, indem er auf die Barkaufstruktur der emptio venditio abhebt³²⁸ und dadurch dem Verkäufer jeden aus der verkauften Sache vor deren Übergabe gezogenen Gewinn nimmt. Ebenso war die Erweiterung der actio quod metus causa auf einen redlichen Dritten nur möglich, nachdem man die Restitution auf die Wiederherstellung der eigenen Verbindlichkeit beschränkte, was Marcell durch eine restriktive Interpretation der restituere-Klausel erreichte³²⁹. Prokulianische Tradition³³⁰ spiegelt sich vielleicht in den Quellen Nrn. 11 bis 13³³¹ und 17³³² wieder, wo der Wortlaut eines Rechtsgeschäfts stärker beachtet wurde oder das behandelte Problem Gegenstand eines Schulenstreits war, den Marcell zugunsten der Prokulianer entschied. Eine extensive Interpretation von Gesetzen und Klagformeln ist den Zeugnissen Nrn. 14 bis 16³³³ gemeinsam. In Nr. 14 ist das Bemühen maßgebend, dem Heimkehrer selbst sowie dessen Erben die Kriegsgefangenschaft nicht zu einem vermögensrechtlichen Nachteil gereichen zu lassen³³⁴. Zur

327 D. 28.5.40.

328 Wie Übrigen auch Julian in D. 19.1.23, insoweit gebilligt von Marcell.

329 Nr. 9: D. 4.2.9.8.

330 Zur Einordnung Marcells in die römischen Rechtsschulen, oben § 1 IV, § 6 II,4.

331 Nr. 11: D. 33.9.1 (Penuslegat); Nr. 12: D. 36.1.26 pr. (Konkurrenz zwischen translatio und substitutio); Nr. 13: D. 23.3.44.1 (Vertrag zugunsten des Gewaltsunterworfenen).

332 D. 5.3.13.13 (Dingliche Klage auch gegen den Nichtbesitzer, der sich auf den Streit einläßt).

333 Nr. 14: D. 41.3.15 pr. (Ersitzung läuft für den Erben des Kriegsgefangenen stets weiter); Nr. 15: D. 7.1.12.5 (Nießbraucher ist als potentieller Eigentümer zur Geltendmachung der condictio ex causa furtiva legitimiert, wenn der Dieb die reifen Früchte stiehlt); Nr. 16: D. 8.5.45 (Der Servitutsberechtigte hat die vindicatio servitutis, wenn die Wegegerechtigkeit durch überhängende Baumzweige beeinträchtigt wird).

334 Ähnlich das Bestreben beider Juristen in D. 4.6.41 (§ 5 Nr. 2), dem in Staatsinteressen Abwesenden durch die Abwesenheit über den Normbereich des Edikts (D. 4.6.1.1) hinaus keine Nachteile zukommen zu lassen.

Verwirklichung dieser Absicht bediente sich Marcell einer neuartigen Interpretation der fictio legis Corneliae. In Nr. 15 erkannte er dem Nießbraucher die *condictio ex causa furtiva* darum zu, weil die konkurrierende *actio furti* in manchen Fällen versagte³³⁵. Im konkreten Fall konnte der den Abstand zur herkömmlichen Lehre dadurch verringern, daß er die potentielle Eigentümerstellung des Nießbrauchers herausstellte³³⁶.

2. Die Ergebnisse dieses Kapitels bestätigen den bereits im 6. Kapitel gewonnenen Eindruck, daß Marcell dem Überkommenen stärker verhaftet ist als Julian. Für den Bereich der Rechtsfortbildung bedeutet diese Einsicht, daß die neueren Lösungen enger an die hergebrachten Prinzipien angebunden sind und diese grundsätzlich nicht in Frage stellen. So lehnen sich die Neuerungen Marcells unter I an überlieferte Rechtsnormen an und so sind seine Entscheidungen in II, 3 bis 7 Verfeinerungen der traditionellen Lösungen. In diesen Fällen haben die vorsichtigen Rechtsfortbildungsansätze unseres Juristen den Beifall der Späteren gefunden. Ihre Zustimmung blieb ihm jedoch da versagt, wo er, wie in Nrn. 12, 13 und 14 von bisher nicht diskutierten Konventionen abwich. Dabei überzeugt auch in diesen Fällen die dogmatische Stringenz seiner Begründung, die in Nr. 12 das *dies-cedens*-Prinzip als Auslegungsregel wegen des entgegenstehenden Wortlauts der Verfügung für unanwendbar erklärt und in Nr. 13 den Anwendungsbereich des *nemo alteri cavere potest* dem des *nemo alteri stipulari potest* angleicht. In Nr. 14 verwirft Marcell die verbreitete Meinung, daß *res factae*, zu denen der Besitz gerechnet wird, nicht ungeschehen gemacht werden könnten.

335 So gegen Freigelassene, Klienten und freie Lohnarbeiter, D. 47.2.90 (Paul l.s. poen. pagan.); D. 48.19.11.1 (Marc. 2 publ. iud.).

336 Damit läßt sich sehr wohl vereinbaren, daß Marcell in D. 7.6.1 pr (oben § 6 VI) offensichtlich gegen Julian (D. 43.25.1.4) polemisierte, wo dieser sich für die Aktivlegitimation des Nießbrauchers zur *vindicatio servitutis* ausgesprochen hatte. Der gebotene Schutz des *usufructuarius* ließ sich dort auch in systemkonformer Weise erreichen.

Mit einer neuen Interpretation der lex Cornelia schafft er die Voraussetzungen für einen unmittelbaren Übergang des Vermögens des Kriegsgefangenen auf dessen Erben, und zieht hieraus auch für das Heimkehrrecht die Konsequenzen. Der Lösung in Nr. 12 haben später die Kompilatoren zugestimmt. Marcellus Entscheidung in Nr. 13 ist dagegen nicht mehr sicher auszumachen³³⁷.

3. Die Reihe der rechtsfortbildenden Noten rundet unser Bild vom Notenwerk Marcellus ab. Neben den primär Lehrzwecken dienenden Anmerkungen³³⁸ und denjenigen Noten, welche die zu-meist innovatorischen Entscheidungen Julians kritisieren und limitieren³³⁹, bilden sie eine dritte Kategorie. Anders als den pädagogisch - didaktischen und wohl auch den kritisch - limitierenden notae kommt den rechtsfortbildenden Noten eine stärkere praktische Bedeutung zu. Sie sind aber nicht bloße Nachträge, die vor allem den Zweck verfolgten, eine ältere Schrift auf den neuesten Stand zu bringen. Julians Digesten waren weder veraltet noch Überarbeitungsbedürftig³⁴⁰. Die rechtsfortbildenden Noten Marcellus sind originell und einfallreich. Es sind nicht fremde, aufgegriffene, sondern durchweg eigene Gedanken, die Marcell an Julian heranträgt. Den kritisch-limitierenden und den rechtsfortbildenden Noten gemeinsam ist die strikte Ableitbarkeit der Ergebnisse und ihre Eingliederung in ein dogmatisches, auf Widerspruchsfreiheit bedachtes Gefüge. Marcellus traditionalistische, bei den kritisch-limitierenden Noten diagnostizierte Haltung, tritt bei den rechtsfortbildenden Noten in den Hintergrund. Die betont dogmatische Argumentation baut aber auch hier auf den überkommenen Maximen auf und bindet die neuen Lösungen in das be-

337 Vgl. einerseits die Aufnahme von D. 2.14.21.2 (Paul 3 ed.) und D. 2.14.10.2 (Ulp. 4 ed.) in die Digesten, andererseits aber auch D. 23.3.44.1 (Jul.-Marc. 16 dig.).

338 Hierüber in § 5.

339 § 6.

340 Julians Digesten hatten noch im 3. Jh. n.Chr. praktische Bedeutung, vgl. Wieacker, Textstufen 174.

währte System ein. Methodische Disziplin, gepaart mit schöpferischem Einfallsreichtum heben denn auch die rechtsfortbildenden Noten auf ein anspruchsvolles, dem Standard der Julianschen Digesten durchaus genügendes Niveau und lassen das Notenwerk insgesamt als die Arbeit eines gereiften, erfahrenen, aber auch erfrischend lebendigen Juristen erscheinen.

§ 8 Zweckmäßigkeitserwägungen und moralisierende Wertungen

in den Noten.

Unter moralisierenden Wertungen und Zweckmäßigkeitserwägungen verstehen wir die Begründung fachjuristischer Entscheidungen mit außerjuristischen *topoi* wie der *aequitas* (moralisches Urteil) oder der *utilitas* (Zweckmäßigkeitserwägung)¹. Eine verstärkte Heranziehung dieser Werturteile als Entscheidungsargumente² durch Marcell stünde in einem auffallenden Gegensatz zu seinem - die gesamte Notenkritik wie ein roter Faden durchziehenden - Bestreben nach einer sicheren Ableitbarkeit der Ergebnisse. So ist bezeichnenderweise auch die auf die *communis utilitas* gestützte und von Julian selbst ganz offen gegen die *ratio disputandi* gerichtete Entscheidung in D. 9.2.51 pr. - § 2 (Jul. 86 dig.) bei Marcell auf Ablehnung gestoßen (D. 9.2.11.3, Ulp.-Marc. 18 ed.)³. In der Tat öffnen *aequitas* und *utilitas*⁴ einem opportunistischen *ius singulare* Tür und Tor⁵ und gerade Julian ist dem in seiner Liberalität gegenüber singulären Einzelfallentscheidungen oft erlegen.

In den Noten finden sich vier Beispiele, in denen Marcell

-
- 1 Hierzu statt aller, Wieacker, Offene Wertungen bei den römischen Juristen, in SZ 94 (1977) 1 ff.; dort auch die umfassenden Literaturnachweise.
 - 2 Dazu Waldstein, Entscheidungsgrundlagen der römischen Juristen, ANRW II, 15 (1976) 4 ff.; Wieacker a.a.O. S.10. - Die *veteres* und die Juristen des frühen Prinzipats hielten sich mit derartigen Wertungen stark zurück, erst die hoch- und dann vor allem die spätklassische Jurisprudenz gab diese Reserve auf.
 - 3 Oben S. 116 ff.
 - 4 Zur *utilitas* siehe Ankum, *Utilitatis causa receptum*, in *Symbolae David I* (1968) 1 ff.; Leptien, *Utilitatis causa*, Diss. jur. Freiburg (1967); ders. in einer Zusammenfassung seiner Ergebnisse in SD 35 (1969) 51 ff.
 - 5 Wieacker a.a.O. S. 29.

sich ausdrücklich auf die utilitas oder aequitas beruft⁶. Dabei können wir D. 42.4.3 pr. (Ulp.-Marc. 59 ed.) vorweg ausscheiden, da dort - wie bereits oben gezeigt⁷ - die Begründung nicht auf der aequitas, sondern auf einer konsequenten Interpretation des Edikts quod cum pupillo contractum beruhte. Mit dem Hinweis auf die Unbilligkeit der Julianschen Auffassung will Marcell nur zeigen, daß dessen Entscheidung nicht nur dogmatisch unhaltbar, sondern darüber hinaus im Ergebnis auch ungerechtfertigt ist. Die aequitas ist aber in diesem Zusammenhang kein Entscheidungsargument.

Die Exegese der übrigen Noten, die durchweg rechtsfortbildende Vorschläge zum Inhalt haben, wird zeigen, daß die utilitas und aequitas - soweit diese Bezugnahmen authentisch sind - fast nie⁸ die Entscheidungsgrundlagen Marcells sind. Utilitas und aequitas werden vielmehr nur hilfsweise und mit dem Ziel aufgeboten, die Gegenposition in Frage zu stellen. Mit einer Ausnahme war die eigene Entscheidung grundsätzlich nicht auf utilitas oder aequitas gegründet, sondern allenfalls an diesen Werten kontrolliert.

I. 1. Neben anderen juristisch dogmatischen Überlegungen findet sich eine auf die utilitas abhebende Hilfsbegründung in

D. 29.2.42 pr. (Ulp. 4 disp.) = Pal. Jul. 399

Julianus libro vicesimo sexto digestorum scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres exstitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere, ni-

6 D. 42.4.3 pr. (Ulp.-Marc. 59 ed.); D. 29.2.42 pr. (Ulp.-Marc. 4 disp.); D. 37.4.17 (Ulp.-Marc. 35 ed.); D. 36.1.3 pr. (Ulp.-Marc. 3 fid.); anders liegt die Sache bei D. 5.1.75 (Jul.-Marc. 46 dig.) dazu unten Nr. 4.

7 § 6 I, 2.

8 Einen Sonderfall bildet D. 37.4.17 (unten Nr. 3); dazu später.

si substitutus ei fuit: inclinatur enim in hoc, ut putet substitutum etiam patris onera subitum. quae sententia a Marcello recte notata est; impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem: metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit. alioquin, inquit, et si frater fuit, ommissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatem et quidem impune: nec enim videtur voluisse fraudare edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur. sed quod in fratre scripsit, credo ita intellegendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris: ceterum utique si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet⁹.

Ein zum Erben eingesetzter Pupill hat sich der väterlichen Erbschaft enthalten. Nach Julian muß der Erbe des Pupillen für die Schulden des Vaters eintreten, wenn er als Pupillarsubstitut eingesetzt worden war. Die Entscheidung überrascht, weil der Substitut weder über den Pupill noch direkt etwas aus dem Vermögen des Erblassers erhalten hat. Durch die Enthaltung des Mündels wurde zwar das Testament hinfällig - und wurden wohl in der Folge die bona patris von den Gläubigern verkauft -, die Pupillarsubstitution blieb jedoch wirksam bestehen¹⁰. Marcell, unterstützt von Ulpian, lehnt eine Haf-

⁹ Die Literatur hat sich umfangreich mit dieser Stelle beschäftigt, ohne jedoch über ihre Bedeutung und Einordnung zu einem Konsens gelangt zu sein: Costa, Sulla sostituzione pupillare, Bull. 6 (1893) 255 ff., 262 ff.; derselbe, Papiniano II (1894) 124 ff.; La Pira, Successione ereditaria (1930) 48 ff., 53 ff.; derselbe, La sostituzione pupillare, Studi Bonfante, III (1930) 329 ff.; H.J. Wolff, Die Pupillarsubstitution, St. Riccobono, III (1936) 448 ff.; Vázný, La sostituzione pupillare nella giurisprudenza classica, Bull. 46 (1939) 103 ff.; derselbe, Note critiche ed esegetiche alle sostituzione pupillare, Bull. 47 (1940) 44 ff.; Perrin, L'évolution de la substitution pupillaire à l'époque classique, Varia I (1952) 307 ff.; Schindler, Justinians Haltung zur Klassik (1966) 162 ff.; Voci, La sostituzione pupillare nel diritto romano, AG 149 (1955) 3 ff., 28 ff., 32 ff.; derselbe, DER II² (1963) 187 ff.; Beduschi, Hereditatis aditio I (1976) 119 ff., 129 ff.

¹⁰ Entgegen Kaser, RP I² § 175 II Fn. 22 (= S.715), der sich auf D. 29.2.41 (Jul. 26 dig.) beruft, ist aber dort das Testament nicht hinfällig geworden. Zu dieser Stelle sogleich im Text.

tung des Pupillarsubstituten entschieden ab. Sie widerspreche dem wohlverstandenen Interesse des Unmündigen, der sonst kaum einen Erben finden würde¹¹. Außerdem: wäre der Substitut ein Bruder - ob des Erblassers oder des Pupillen bleibt offen und wird erst von Ulpian im Sinne der ersten Alternative präzisiert¹² - so könnte dieser der Haftung entgehen, indem er die testamentarische Verfügung ausschlägt und den Pupillen ex lege beerbe. Denn das Edikt *si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem*,¹³ aufgrund dessen der Prätor denjenigen wie einen Testamentserben behandelt, der die Zuwendung aus dem Testament ausschlägt, um sie ex lege anzunehmen, greife in diesem Fall nicht ein; wer sich nur einer Haftung entzieht, welche in keinem Zusammenhang mit der angenommenen Erbschaft steht, umgehe nämlich nicht das Edikt¹⁴.

Für die Haftung des Pupillarsubstituten war das Prinzip des *unum testamentum* maßgebend. Ein Exkurs über seine Geschichte und Bedeutung sollen das Verständnis unserer Stelle erleichtern.

Nach einem Bericht von Gaius¹⁵ war es üblich, um den Unmündigen vor Nachstellungen zu bewahren, die Einsetzung des Pupillarsubstituten entweder in einer besonderen Urkunde vor-

11 Man würde in dem Satz *impugnat enim - adibit* eigentlich die *oratio obliqua* erwarten, um den Inhalt Marcell zuzurechnen. Jedoch belegt das folgende *alioquin, inquit*, daß auch der Inhalt des vorausgehenden Satzes von Marcell stammt; unrichtig Eckardt, *Iavoleni epistulae* (1978) 139.

12 Die richtige (*Voci* DER II² 180 ff., 181 u. Fn.32) Präzisierung im Schlußsatz schreibt *Voci*, AG 149 (1955) 42 u. Fn. 74 den Kompilatoren zu; anders in DER II 193 ff. Vgl. indessen D. 29.4.1.7 (Ulp. 50 ed.). Unhaltbar Beseler, TS 10 (1930) 203.

13 Lenel, EP³ 363.

14 Eine Argumentation, der später Papinian in D. 28.6.12 (3 quaest.) für einen abgewandelten Fall sich bedient, und die auch dort auf Marcell zurückgeht; auch Papinian verwendet sie gegen den Grundsatz des *unum testamentum* in seiner überkommenen Ausprägung.

15 Gai. 2,181.

zunehmen oder in einem auf einen besonders verschlossenen Teil des eigenen Testaments zu schreiben, der erst eröffnet werden durfte, wenn der Substitutionsfall eintrat¹⁶. Die Quellen unterscheiden im einen Fall das testamentum paternum oder principale vom testamentum pupillare oder die tabulae priores von den tabulae posteriores oder secundae, im anderen Fall die tabulae superiores von den tabulae inferiores¹⁷. Wie immer die Einsetzung des Pupillarsubstituten erfolgte, soweit die Haftung für Schulden des Erblassers in Frage stand, wurde bis in die Mitte des 2. nachchr. Jahrhunderts stets ein einheitliches Testament angenommen.

a) Hiervon gibt uns Zeugnis Neraz in

D. 29.2.59 (2 membr.)¹⁸:

Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere: quod sic recipiendum est etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. nam is qui heres exstiterit, pupillo quoque heres necessario erit: nam si ipsum invitum obligat, coniungi eam paternae hereditati et adcrendi iuri adquiri cuicumque patris heredi existimandum est.

Hat der gleichzeitig zum Erben des Vaters eingesetzte Pupillarsubstitut die Erbschaft ex institutione erworben, so falle ihm notwendig iure adcrendi auch die Erbschaft ex substitutione zu. Daran ändere sich auch dann nichts, wenn der Pupillarsubstitut vor Eintritt des Substitutionsfalles verstirbt. Auch für seinen Erben gelte die untrennbare Einheit von Erbschaft ex institutione und ex substitutione¹⁹.

16 D. 28.6.16.1 (Pomp. 3 Sab.).

17 Vgl. Gai. 2, 181. Zur Terminologie auch Voci AG 149, 10 ff.; zusammenfassend Kaser RP I² § 162 IV, 2 (= S. 689).

18 Zur Stelle schon Costa, Bull. 6 (1893) 256; Wolff, St. Riccobono III 450 ff.; Vázný, Bull. 47 (1940) 49 ff.; Voci AG 149, 29; ders. DER II 201; Perrin, Varia I 307 ff.; Greiner, Opera Neratii (1973) 63 ff.; Beduschi, Hereditatis aditio I (1976) 122; Iglesias, Derecho romano⁶ (1972) 656 Fn. 168. - Die Stelle ist echt, vgl. Beduschi 122 Fn. 3; Wolff 450 ff.

19 Anders entschieden die späteren Klassiker: D. 28.6.10 pr. (Ulp. 4 Sab.), ders. D. 28.6.8.1 ebenda; D. 38.16.9 (Marc. 5 inst.); D. 28.6.3 (Mod. 1 diff.). - A.A. Wolff, a.a.O. S. 450 ff., sowie Greiner, op. cit. 63 ff., die annehmen, Neraz habe wie die genannten Spätklassiker entschieden. Dagegen richtig Beduschi 122 u. Fn. 5

b) Kaum weniger klar, wenn auch etwas abgeschwächt²⁰ finden wir das *unum testamentum* - Prinzip bei Javolen

D. 42.5.28 (1 ep.)

Pater familias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit ideoque bona patris venierunt: postea filio hereditas obvenit, qua adita decessit. quaero, cum praetor in ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit actio, cum ex bonis paternis, (quae scilicet ad creditores missos in bona pertinent), nihil acquirit et cum creditores nihil iuris in bonis pupilli habuerint eorumque nihil interfuerit, adiretur necne pupilli hereditas, (cum ea bona omisa a substituto hereditate ad creditores non pertinebant). me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet unum esse testamentum. respondit: quod praetor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris eius venditis in eum actio detur, (tametsi postea ei hereditas obvenit, creditoribus non reddat), idem in substituto filio herede servandum non est, quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris quam eius bona veneant, itaque in id, quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur, quia id ex adventicio adquisitum est, non per patrem ad eum pervenit. at cum substitutus filio hereditatem adiit, (postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati), tunc hereditas et patris et filii una est in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitatus heres obligatur: et quemadmodum liberum ei non est (post) obligationem, (ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona veneant,) ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit: quo casu efficietur, ut creditoribus in eum actio dari debeat. quod si substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris in id, quod pupillus reliquit, actio dari non debet, quoniam neque pupilli bona venire debent propter aes alienum patris neque in bonis patris est quod pupillus adquisiit^{22,23}.

20 Zum Unterschied in der Betrachtungsweise von Neraz und Javolen vgl. Beduschi 124 ff.

21 Lenel Pal. I 287 Fn. 2 ad h.l. gegen Mommsen ed. maior ad h.l.

22 Zur Stelle: Vázný, Bull. 46 (1939) 92 ff.; Wolff 451 ff.; La Pira, St. Bonfante III, 332 ff.; Perrin, Varia I 310 ff.; Beduschi a.a.O. 123 ff.; eingehend zuletzt Bernd Eckhardt, Javoleni epistulae (1978) 136 ff.

23 Die in Klammern gesetzte Teile sind die Früchte eines, wahrscheinlich sogar mehrerer nachklassischer Glossatoren; hierzu Eckhardt (oben Fn. 22).

Ein Unmündiger ist zum Erben seines Vaters eingesetzt, und ein Dritter ihm für den Fall substituiert worden, daß er vor Eintritt der pubertas²⁴ stirbt. Nachdem er sich der väterlichen Erbschaft enthalten hatte, wurde diese auf Betreiben der Gläubiger verkauft. Später fiel dem Pupill von dritter Seite eine weitere Erbschaft zu, nach deren Antritt er verstarb. Gefragt wird, ob der Substitut mit Antritt der Pupillarerbschaft auch den Gläubigern des Vaters hafte, soweit sie aus dessen Nachlaß nicht befriedigt worden sind. Mit dem Anfragenden²⁵ spricht sich auch Javolen für eine Haftung des Substituten aus. Im Mittelpunkt seiner Überlegungen steht das Prinzip des unum testamentum, an das seine dogmatische Begründung anknüpft: Nach ius civile bleibe der Sohn trotz Enthaltung Erbe und deshalb mit der Haftung belastet. Wegen des prätorischen Schutzes könne sie aber nicht gegen ihn durchgesetzt werden. Dieser Schutz des ius abstinendi komme jedoch dem Substituten nicht zugute; denn als extraneus brauche er die Erbschaft des Pupillen nicht anzutreten. Überraschend an dieser Entscheidung bleibt, daß der Pupillarsubstitut den Gläubigern des Vaters haftet, obwohl er aus dem Vermögen des Vaters weder unmittelbar noch über den Pupillen etwas erlangt hat.

c) Gaius bekräftigt den Grundsatz des unum testamentum auch in

Gai Inst. 2,180

Quo casu si quidem non extiterit heres filius, substitutus patri fit heres; si vero heres extiterit et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. quam ob rem duo quodam modo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum.

Das certe am Schluß des Fragments deutet darauf hin, daß noch zu Gaius' Zeiten an dem Prinzip uneingeschränkt festgehalten wurde.

Aus dem Grundsatz des unum testamentum wurden manifoldige Konsequenzen hergeleitet. Die wichtigsten waren: Der Nichtantritt der väterlichen Erbschaft machte auch die Pupillarsubstitution hinfällig²⁶. Wurde das Haupttestament ruptum,

24 Bei Jungen regelmäßig mit Vollendung des 14., bei Mädchen bereits des 12. Lebensjahres; Kaser RP I² § 20 II (= S.84).

25 Der Hinweis des Anfragenden auf die praeceptorii tui bedeutet hier nicht die Existenz eines Schulenstreits. Das Prinzip des unum testamentum wird auch von den Prokulianern anerkannt (vgl. Neraz, D. 29.2.59); richtig Wolff, a.a.O. 452 Fn. 79.

26 D. 28.6.2.1 (Ulp. 6 Sab.); 1. 10.4 h.t (Ulp. 4 Sab.); D. 29.1.41.5 (Tryph. 18 disp.); anders bei bloßer Enthaltung eines suus. Hier bleibt die Pupillarsubstitution bestehen, D. 29.2.42 pr.; vgl. oben S. 258 u. Fn.10.

dann war auch die Pupillarsubstitution hinfällig²⁷. Die erfolgreiche Anstrengung der querella inofficiosi testamenti gegen das Prinzipaltestament zog die Unwirksamkeit des Pupillartestaments nach sich²⁸.

d) Wichtig für das Verständnis unserer Hauptstelle D. 29.2.42 pr. ist auch die Kontroverse zwischen Julian und Marcell in D. 29.2.40 (Ulp.-Marc. 4 disp.) = Pal. Jul. 399. Auch hier handelt es sich mit großer Wahrscheinlichkeit um eine Note Marcellus²⁹. Die Thematik ist mit der von D. 29.2.42 pr. aufs engste verwandt.

D. 29.2.40 (Ulp. 4 disp.)

Quaesitum est, an, licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere: ut puta si impuberi fuerit substitutus, in qua specie Iulianus libro vicesimo sexto digestorum scripsit incidere eum in edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati: nam qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quicquam consequi. sed Marcellus eleganter distinguit multum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento an ex parte, ut, si ex parte, potuerit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti.

Der von Ulpian referierte Sachverhalt ist nicht eindeutig: Gefragt wird nach der Haftung des Pupillarsubstituten gegenüber den Gläubigern seines verstorbenen Vaters unter der Voraussetzung: licet quis (sc. substitutus pupillaris) paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel faciat. Hierzu sind zwei Fälle denkbar:

1. Der Pupillarsubstitut ist gleichzeitig neben seinem unmündigen Bruder zum Erben eingesetzt. Er enthält sich der ex institutione deferierten Erbschaft des Vaters und mischt sich in die Erbschaft des später unmündig verstorbenen Bruders ein. Es bleibt zunächst offen, ob der Pupill sich gleichfalls der Erbschaft des Vaters enthalten hat.

2. Der Pupillarsubstitut ist ex asse zum Erben seines Vaters eingesetzt und gleichzeitig dem unmündigen Bruder sub-

²⁷ D. 28.6.2 pr. (Ulp. 6 Sab.); l. 16.1 h.t (Pomp. 3 Sab.).

²⁸ D. 34.9.5.14 (Paul l.s. de iur. fisc.).

²⁹ Vgl. die Einordnung des Fragments durch Lenel Pal. I 633 Fn. 6 und Pal. I 388 (Nr. 399).

stituiert³⁰. Er mischt sich in die ex substitutione deferierte Erbschaft des Pupillen ein, nachdem er sich zuvor der Erbschaft des Vaters enthalten hatte.

Bevor wir entscheiden können, welche Alternative dem Sachverhalt Ulpian's zugrunde liegt, müssen wir die Lösung Julians untersuchen, daß der Pupillarsubstitut unter das Edikt falle, wenn er sich in die Erbschaft des Unmündigen immisziere. Gemeint ist hier das Edikt über die Gewährung des ius abstinendi³¹. War aber das Edikt anwendbar, dann haftete der Substitut für die Schulden der Erbschaft, in welche er sich immisziert hatte. Spielt man nun die erste Alternative durch, so ergeben sich folgende Möglichkeiten:

aa) Der zum Miterbe eingesetzte impubes macht hinsichtlich der Erbschaft des Vaters von ius abstinendi keinen Gebrauch, während sein gleichzeitig als Substitut eingesetzter Bruder sich ihr enthält. Der impubes erlangt iure adcrendi³² auch die auf seinen Bruder fallende Quote der Erbschaft. Übt der Substitut das Enthaltungsrecht nicht aus, werden die Schulden des Vaters durch die Immisziierung des Substituten in die Erbschaft des Unmündigen die des Substituten³³. Diese Konstellation hat Julian nicht im Auge gehabt; denn hier gibt es nichts zu diskutieren³⁴.

bb) Nicht so klar ist die Entscheidung, wenn nicht nur der Substitut, sondern auch der impubes sich der Erbschaft des Vaters enthalten hat. Mischt sich jetzt der Substitut in die Erbschaft des Unmündigen, so versteht sich die Haftung des ersteren für die Schulden des Vaters keineswegs von selbst,

30 Daß die Einsetzung eines Pupillarsubstituten auch für einen filius impubes exheredatus möglich war, bezeugen D. 28.6.9 (Lab. 1 post.); D. 28.6.31 pr. (Jul. l.s. de amb.); D. 36.1.282 (Jul. 40 dig.); D. 36.1.57.3 i.f. (Pap. 20 quaest.); D. 28.6.8.1 (Ulp. 4 Sab.); D. 50.16.70 (Paul 73 ed.); D. 28.6.3 (Mod. 1 diff.), welche alle die offensichtlich gerade für den Exheredationsfall gebräuchliche Formel quisquis mihi heres erit, idem filio impuberi heres esto verwenden. - Siehe auch D. 29.2.41 (Jul. 26 dig.); zu dieser Stelle sogleich im Text.

31 Lenel EP³ 420; Beduschi 130 u. Fn.18; Voci DER II² 191 Fn. 61. Das incidere in edictum bedeutet, daß der Substitut das ius abstinendi durch immixtio hereditati verwirkt hatte. - Vgl. den bei Ulp. D. 29.2.71.3 (61 ed.) überlieferten ersten Formelteil: Praetor ait: SI PER EUM EAMVA FAC-TUM ERIT, QUO QUID EX EA HEREDITATE AMOVERETUR ... Zu ergänzen ist nach der Umschreibung in D. 29.2.71.4 "abstinendi beneficium non habebit".

32 Vgl. Voci, DER I² 583.

33 D. 28.6.10 §§ 2 u.3 (Ulp. 4 Sab.), dazu Beduschi 135 ff.

34 So richtig Voci DER II 189; La Pira, Sostituzione 336; Vázný, Bull. 46,104. A.A. aber La Pira, Successione 55, wo er von der hier abgelehnten Fallvariante ausgeht.

hat er doch weder unmittelbar noch über seinen unmündigen Bruder irgend etwas von der väterlichen Erbschaft erhalten.

Auch die zweite Alternative birgt Probleme: Ist der Substitut gleichzeitig zum Alleinerben eingesetzt und enthält er sich der Erbschaft des Vaters, macht aber die aus der Substitution geltend, dann kommt man erst über eine weitere Überlegung zu einer Haftung des Pupillarsubstituten: Durch die Einmischung in die ex substitutione deferierte Erbschaft widerruft³⁵ der Substitut seine frühere abstentio³⁶. Das Edikt, über das ius abstinendi ist nunmehr anwendbar. Die immixtio in das Vermögen des Pupillen bedeutet Anerkennung des Vater-testaments. Das Problem der Haftung löst sich dann leicht.

Voci³⁷ vertritt die Auffassung, daß Ulpian in fr. 40 sowohl die Variante 1 bb) als auch die Konstellation 2) behandelt hatte. Die Berücksichtigung der Note Marcells sowie der Zusammenhang der l. 40 mit l. 41 bekräftigen jedoch unsere Vermutung, daß sowohl Julian³⁸ als auch Ulpian in fr. 40 nur die Fallvariante 2) entschieden haben.

Marcell unterscheidet in seiner Note³⁹, ob der Substitut als Alleinerbe (ex asse) oder als Miterbe (ex parte) eingesetzt ist. Ist er Alleinerbe, dann beläßt Marcell es bei dem Ergebnis Julians: In der Einmischung in das Vermögen des Pupillen wird zugleich der Widerruf der abstentio gesehen. Dadurch vermeiden Julian und Marcell die beim Alleinerben auftretende Folge, daß durch seine Enthaltung das Testament des Vaters hinfällig wird⁴⁰. Dieses Ergebnis glaubt Ulpian in dem Satz nam qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quicquam consequi noch ausführlicher begründen zu müssen. Er scheint damit aber gerade das Gegenteil dessen gesagt zu haben, was er eigentlich gemeint hatte: Hier liege gerade kein 'oppugnare iudicium parentis' vor. Der Text ist

35 Voci DER II, 580 ff. Die Widerruflichkeit ergibt sich aus seiner zivilrechtlichen Erbenstellung, war allerdings zeitlich begrenzt bis zum Verkauf des Nachlasses durch die Gläubiger und der Erteilung der bonorum possessio an den Nächstberufenen durch den Prätor.

36 Voci, DER II, 190.

37 Voci, DER II, 189.

38 Das folgt aus D. 29.2.41 (Jul. 26 dig.), dazu sogleich unten.

39 Zwar fehlt hier das häufig neben dem Namen des Autoren anzutreffende notat; daß hier aber eine Note vorliegt, ergibt sich schon aus der Konfrontation mit Julians Digesten sowie aus D. 29.2.42 pr., wo Marcell Julian im selben 26. Buch wie in l. 40 und im Zusammenhang mit fast der gleichen Problematik in Form einer Note kritisiert. Vgl. auch oben Fn. 29.

40 Damit wird zwar die Pupillarsubstitution nicht hinfällig (oben S. 258 u. Fn. 10), wohl aber liegt dann, wenn der Erbe und Pupillarsubstitut die Unwirksamkeit des Testaments herbeiführt (hinfällig werden insbesondere die Legate und Teilfideikomnisse), ein oppugnare iudicium testatoris vor.

vermutlich an der Übergangsstelle vom Julianzitat zur eigenen Stellungsnahme Ulpians zusammengezogen. Ulpian hat aus der Julianentscheidung, die ursprünglich wohl nur die Frage des getrennten Erwerbs der beiden Erbschaften zum Gegenstand hatte, die Konsequenzen für die Schuldenhaftung aufgezeigt. Dabei hat er zunächst die Julianische Entscheidung der Vorfrage für die Haftungsproblematik dargestellt. Dem naheliegenden Einwand, der Pupillarsubstitut könne wegen des *unum testamentum* entweder nur beide oder keine der Erbschaften erwerben, mithin nach Ablehnung der väterlichen Erbschaft die Pupillarerbbschaft nicht mehr erhalten, tritt Ulpian entgegen und fährt fort: *nam*⁴¹ (zu ergänzen ist *solum*)⁴² *qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditatem quicquam consequi*⁴³.

Ist der Substitut hingegen zum Miterben des Vaters eingesetzt, so soll er sich nach Marcell der Erbschaft des pater enthalten, die des Pupillen dagegen erwerben können. Die ratio dieser Entscheidung ist klar. Wenn der gleichzeitig zum Miterben eingesetzte Substitut sich der Erbschaft des Vaters

41 Ulpian gebraucht das *nam* hier rhetorisch, um zu erwartende Einwände von vornherein zu widerlegen. Zu dieser Verwendung des *nam* vgl. Kühner-Stegmann, Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache II⁴ (1962) 117 ff. Die Erörterung des Für und Wider ist gerade für die Disputationen charakteristisch (Wolff, St. Riccobono III, 453 u. Fn. 84).

42 Infolge der Zusammenziehung des Fragments wohl entfallen.

43 Wie hier Voci, DER II, 191; als kompilatorisch will La Pira (St. Bonfante III, 330) den *nam*-Satz streichen. Wieder anders Beduschi a.a.O. S. 129 ff. Nach ihm hat sich Ulpian bei der Wiedergabe des Julianzitats geirrt. Julian sei es nicht, wie Ulpian es verstanden hat, um das Verhältnis der beiden Erbschaften gegangen sondern um die Reichweite des Edikts. Julian habe nach den Motiven für die Enthaltung von der Erbschaft des Vaters gefragt. Waren diese Motive billigenswert, dann sei nach Julian eine Trennung beider Erbschaften möglich gewesen. Hierauf beziehe sich auch der durchaus in seinem Gehalt klassische *nam*-Satz Ulpians. Ulpian aber einen solchen "Irrtum" zu unterstellen, geht nicht an. Beduschi sieht sich zu dieser gekünstelten Interpretation gezwungen, um seine vor allem auf D. 36.1.28.2 (Jul. 40 dig.) gestützte These zu halten, daß bereits Julian das Prinzip des *unum testamentum* gelockert habe. Eine nähere Untersuchung dieses Fragments wird zeigen, daß die dort Julian zugeschriebene Lockerung der *unum testamentum*-Regel nicht von Julian herrührt, sondern gerade von Marcell (dazu weiter unter). - H.J. Wolff (St. Riccobono III 453 u. Fn. 84) glaubt, den Inhalt des fr. 40 nicht mehr erkennen zu können. Den Grund dafür sieht er in der nachklassischen Zusammenziehung der Stelle.

enthält, der andere Miterbe diese aber antritt⁴⁴, bleiben das Testament und alle darin enthaltenen Verfügungen erhalten. Ein *oppugnare iudicium testatoris* scheidet somit nach Marcell aus.

Damit steht fest, daß die oben mit 1 bb) bezeichnete Konstellation dem fr. 40 nicht zugrunde gelegen haben kann. Ist nämlich Miterbe der Pupill selbst, so wird das Testament infolge der Enthaltung beider Erben nicht wirksam⁴⁵. Andererseits gelangt man bei einer Nichtenthaltung des Pupillen zur nicht erörterungsbedürftigen Variante 1 aa). Die Entscheidung des Marcell ist nur sinnvoll, wenn der Pupill enterbt und Miterbe des Pupillarsubstituts ein Dritter ist.

e) Die Richtigkeit dieser Vermutung beweist der Zusammenhang zwischen fr. 40 und fr. 41.

D. 29.2.41 (Jul. 26 dig.).

*Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem optinere*⁴⁶.

Der Fall entspricht genau dem in fr. 40 überlieferten. Dies ist jedoch kein Argument gegen unser Verständnis von fr. 40⁴⁷; denn für die Existenz des fr. 41 gibt es eine plausible Erklärung. Honoré⁴⁸ hat gezeigt, daß die Kompilatoren Zitate in Klassikerkommentaren nachgeschlagen und das Original mit dem Zitat in den Digesten verbunden haben⁴⁹. Ebenso ist man hier

44 Es reicht also genau genommen nicht die Existenz eines Miterben, sondern notwendig ist, daß dieser sich nicht ebenfalls enthält. Doch davon ging Marcell wohl als selbstverständlich aus. Die Enthaltung des Miterben ist die Ausnahme und daher nicht besonders auszuschließen; vgl. D. 28.6.10.4 (Ulp. 4 Sab.), wo auch nur auf das Vorhandensein eines Ersatzerben für den sich enthaltenden Alleinerben abgestellt wird, nicht aber zusätzlich noch ausgeführt wird, daß der Ersatzerbe antreten müsse.

45 Einzelne Belastungen bleiben jedoch bestehen, Kaser RP I² § 174 II u. Fn. 22 (= S.715).

46 Zur Literatur oben Fn. 9.

47 Wohl aber folgert Beduschi 131 Fn. 19 aus fr. 41, daß in fr. 40 Ulpian eine andere Konstellation behandelt haben müsse.

48 Textual chains in the Digest, SZ 80 (1973) 362 ff.

49 Vgl. etwa D. 19.1.43 - 45; dazu Honoré a.a.O. S.363 ff.; ebenso auch schon Bluhme, Die Ordnung der Fragmente in den Pandekentiteln, in Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. 4 (1820) 292 = Labeo 6 (1960) 50 ff. Ein weiteres Beispiel findet sich in D. 28.5.5. Die isolierte Note des Marcell zum 29. Buch der Digesten Julians steht hier zwischen zwei längeren Auszügen aus Ulpians Sabinuskommentar (1. 4 und 1. 6 h.t., beide aus dem vierten Buch des Sabinuskommentars).

verfahren. Man fand in l. 40 das Julianzitat aus dem 26. Buch der Digesten. Entweder hat der Exzerptor schon beim Exzerpieren der Ulpianischen Disputationen nachgeschlagen, oder aber er erinnerte sich beim Ausziehen der Digesten Julians an den von Ulpian referierten Fall⁵⁰. Es ist freilich nicht anzunehmen, daß die Kompilatoren die Entscheidung derselben Rechtsfrage in zwei aufeinanderfolgenden Fragmenten in die Digesten aufgenommen haben. Der Inhalt der Fragmente 40 und 41 ist jedoch nicht der gleiche. In l. 40 behandelt Ulpian die Erbenhaftung, während Julian in l. 41 lediglich die Vorfrage des getrennten Erwerbs der beiden Erbschaften erörterte: Der zum Alleinerben eingesetzte Substitut könne, obwohl er sich der väterlichen Erbschaft enthalten habe, die des Pupillen "annehmen"⁵¹; denn durch die immixtio in die Erbschaft des Pupillen widerrufe der Substitut die vorangegangene abstentio⁵².

Kommen wir nun wieder zurück zu D. 29.2.42 pr. Julian entscheidet wie Javolen in D. 42.5.28. Das prätorische beneficium abstinenti ließ die zivilrechtliche Erbenposition unangetastet. Der Substitut, der auch durch das Testament des Vaters bedacht und damit nach der überkommenen Lehre vom unum testamentum durch Einmischung in die Pupillenerbschaft auch Erbe des Vaters geworden ist⁵³ haftete für die noch offenen Forderungen der Vatersgläubiger.

B. Eckardt⁵⁴ hat gezeigt, daß diese Entscheidung auch vom Boden der Lehre des unum testamentum nicht unbedingt zwingend ist. Der Substitut ist nur formal, nicht materiell Erbe des

Vermutlich hat dort Ulpian die Note zitiert, die Kompilatoren haben dann im Original nachgeschlagen.

50 Ulpian's disputationes und Julians digesta gehören beide zur Sabinusmasse.

51 Das et pro herede gesserit neben dem se immiscuerit ist offensichtlich ein späterer Zusatz, vgl. Beduschi 130 u. Fn. 16; wegen des immiscere bezeichnet La Pira, St. Bonfante III, 345 das Fragment zu Unrecht als "profondamente alterato"; unrichtig auch Berger, RE IX, 1 (1914) s. v. immiscere; richtig dagegen Bonfante, Corso 6² (1974) 478; Kaser, RP I² § 174 II (= S. 715 u. Fn. 16.).

52 So richtig Voci, DER II² 189 ff.; a.A. aber die wohl h.M.: Costa, Bull. 6 (1893) 264; ders. Papiniano II, 125; Vážný, Bull. 46 (1939) 105 ff.; Wolff, a.a.O. S. 452.

53 Wolff, a.a.O. S. 435 ff.; Eckardt 138 (zu Jav. D. 45.2.28) u. 139 u. Fn. 95.

54 A.a.O. S. 138.

Vaters geworden, da er von dessen Vermögen überhaupt nichts erhalten hat. Andererseits können die Gläubiger des Vaters nunmehr auf das Vermögen des Pupillen zugreifen, was ihnen zu dessen Lebzeiten verwehrt war.

Marcell übernimmt nicht unbesehen das Dogma des unum testamentum in seiner traditionellen Ausprägung. Nach seiner Auffassung, die sich uns aus einer Gesamtschau der Fragmente D. 29.2.40 und eod. 1. 42 pr. erschließt, bedeutet die formelle Verbundenheit⁵⁵ der Erbschaft des Pupillen mit derjenigen des Vaters nicht ipso iure, daß der Substitut nur beide oder keine erwerben könne⁵⁶, oder stets für die Schulden des Erblassers aufkommen müsse⁵⁷. In beiden Noten ist eine Tendenz zur vorsichtigen Verselbständigung der Pupillarsubstitution nicht zu übersehen⁵⁸. So verneint Marcell anders als Julian ein Verstoß gegen das aus der formellen Einheit der beiden Erbschaften abgeleitete Verbot des iudicium testatoris oppugnare⁵⁹ in D. 29.2.40, wenn ein Miterbe vorhanden ist, welcher die väterliche Erbschaft akzeptiert und damit den weiteren testamentarischen Verfügungen zur Wirksamkeit verhilft. In diesem Fall soll der Pupillarsubstitut die väterliche Erbschaft ausschlagen und die des Pupillen erwerben können, was auch im Hinblick auf die Haftung für Schulden des Erblassers Konsequenzen hat. Nicht mehr nur mit der formellen Verbundenheit der hereditas patris und der hereditas pupilli ist hingegen die Entscheidung Julians in D. 29.2.42 pr. zu erklären. Anders als in dem in 1. 40 gebildeten Fall, wo der Pupillarsubstitut gleichzeitig Alleinerbe des Vaters war, ist er in D. 29.2.42 pr. nicht verantwortlich für das Schicksal des Prinzipaltestaments. Die Frage, ob er den Vatersgläubigern hafte oder nicht, ist deshalb nicht mit dem iudicium testatoris

⁵⁵ Dazu Wolff, 448 ff.

⁵⁶ So aber Jul. D. 29.2.40.

⁵⁷ Wiederum Jul. D. 29.2.42 pr.

⁵⁸ Richtig insoweit Beduschi 136.

⁵⁹ Vgl. Ulp. D. 29.2.40, zum ganzen Voci, DER II, 187 ff.

zusammenzubringen⁶⁰. Ihre Beantwortung hängt allein davon ab, worin man die Legitimation für das Prinzip des unum testamentum sieht. Hierin nun hat die Kontroverse zwischen Marcell und der bis dahin unangefochtenen Meinung⁶¹, als deren Vertreter wir auch Julian kennengelernt haben, ihren wahren Ausgangspunkt. Während die überkommene Meinung eine materielle Unterordnung der Sohneserbschaft unter die des Vaters annimmt⁶² und deshalb zu einer Haftung des Pupillarsubstituten für Schulden des Vaters auch dann kommt, wenn er effektiv nichts von dessen bona erhalten hat⁶³, ist nach Marcell allein

60 Unrichtig Voci, AG 149 (1955) 42.

61 Neraz D. 29.2.59; Jav. D. 42.5.28 (oben S. 260, 261 ff.).

62 Was Wolff a.a.O. S. 448 ff. energisch bestreitet. Indessen schiebt er D. 29.2.40 sowie eod. l. 42 pr. als unheilbar gestört beiseite und interpretiert auch D. 29.2.41 unrichtig.

63 Jav D. 42.5.28; Jul. bei Ulp. D. 29.2.42 pr. - Gegen dieses Verständnis der julianischen Handhabung des unum testamentum - Prinzips kann auch nicht D. 36.1.28.2 (Jul. 40 dig.) ins Feld geführt werden (so aber Beduschi, der sich dieser Quelle als Hauptstütze seiner These von der Julian zuzuschreibenden Auflockerung unseres Grundsatzes bedient).

D. 36.1.28.2 (Jul. 40 dig.):

Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adisset. et ideo si pupillo substitutus fuerit itaque: "quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto", hereditatem, quae ex substitutione ad eum pervenerit, restituere cogendus erit. Si vero detracto hoc articulo "quisquis mihi heres erit" substitutus ita fuerit: "Titius filio meo heres esto", tum, si solus patri heres extiterit, nihilo minus cogendus erit hereditatem pupilli restituere, si vero coheredem habuerit, retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire.

Jemand ist gleichzeitig zum Erben und Pupillarsubstituten eingesetzt worden. Erklärt er nun die ex institutione angefallene Erbschaft für überschuldet, so wird er aufgrund des SC Pegasianum zum Antritt gezwungen. Der solchermaßen Genötigte soll aber - wie Julian im Eingangssatz klarstellt - aus dem Testament keinen Vorteil erlangen. Er habe nämlich den - allerdings untauglichen - Versuch unternommen, den Willen des Erblassers zu mißachten. Der extraneus hätte durch seinen Nichtantritt - gäbe es die Regelung des SC Pegasianum nicht - das gesamte Testament, und zwar auch die Pupillarsubstitution zum Einsturz gebracht. Die Lösung Julians überrascht nach dem bisherigen Stand der Kenntnisse nicht, fügt sie sich doch nahtlos ein in die Behandlung,

der Status des Pupillarsubstituten nicht ausreichend für diese Haftung. Nach seiner Auffassung ist die Verbundenheit der

welche das unum testamentum-Prinzip in D. 29.2.40 erfuhr. Dort konnte dieses Ergebnis nur durch einen "Trick", der sich jedoch nicht auf den Nichtantritt eines extraneus übertragen läßt, vermieden werden. Um so mehr Verwunderung muß der Fortgang der Stelle (et ideo - fin) hervorrufen, der die generelle Aussage zu Beginn des Fragments relativiert: Lautete die Einsetzungsformel Quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto, dann müsse neben der Erbschaft des Vaters auch die vom Pupillen angefallene restituiert werden. Gesah die Einsetzung des Substituten aber nach dem Wortlaut Titius filio meo heres esto, dann soll es darauf ankommen, ob der Substitut gleichzeitig als Allein- oder Miterbe des Erblassers eingesetzt war. Im ersten Fall müsse er bei Verdächtigung der Vatererbschaft auch die Pupillenerbschaft restituieren. Ist er aber Miterbe, könne er trotz Verdächtigung der Vatererbschaft die des Unmündigen antreten. Während also im mit et ideo eingeleiteten Satz die allgemeine Aussage Julians zunächst für den Fall bekräftigt wird, daß die Substituteneigenschaft von der Bedingung des Erbwerdens abhängig gemacht wird, folgt in dem mit si vero beginnenden Schlußsatz die uns von der Marcellusnote in D. 29.2.40 bekannte Distinktion. In Anbetracht der Tatsache, daß wir Julian im Zusammenhang mit dem Grundsatz des unum testamentum als einen Vertreter der traditionalistischen Auffassung kennengelernt haben, muß bezweifelt werden, daß die damit unvereinbare Lockerung dieses Prinzips in D. 36.1.28.2 von Julian stammt. Es dürfte sich vielmehr um eine Note des Marcellus zu Julian handeln, welche schon im Anschluß an den et ideo Satz beginnt (so schon Costa, Bull. 6 -1893-269 ff.; ders., Papiniano II, 124 ff.; H. Krüger, SZ 21 -1900- 417; Voci, AG 149 -1955- 46 ff.; derselbe, DER II, 205 ff.; erwägend auch Wolff, St. Riccobono III -1936-450 Fn. 67; a.A. La Pira, St. Bonfante III -1930- 344 ff., sowie - von seinem Standpunkt durchaus konsequent - Beduschki 128 Fn. 14). Mit Voci (a.a.O.) rekonstruieren wir daher, indem wir nach dem adisset einfügen: et ideo substitutus pupillo hereditatem restituere debet. Marcellus: si pupillo substitutus fuerit ita: - fin. Unsere Vermutung wird erhärtet durch die Tatsache, daß sich im fr. 28 in den §§ 6,7 und 11 jeweils mit dem Namen unseres Adnotators eingeleitete weitere direkte Noten finden, die Julians Entscheidung durch Zusätze oder Distinktionen ergänzen oder verfeinern. Voci (AG 149,47) schreibt die Streichung des Namens unseres Juristen den Kompilatoren zu. Das scheint mir jedoch höchst unwahrscheinlich. Wie CJ 6.30.20.2 zeigt (dazu Schindler, Justinians Haltung zur Klassik, 162 ff.), kehrten die Byzantiner zum julianischen traditionellen Standpunkt zurück. Man hätte wohl die ganze Note gestrichen, hätte man sie bei der Aufnahme des Fragments in die Digesten Justinians überhaupt als solche erkannt. Die mangelnde Kennzeichnung der Note scheint mir daher eher auf das Konto eines nachklassischen Bearbeiters oder Abschreibers zu gehen.

beiden Erbschaften nur eine formelle mit der Folge, daß nur solche Unwirksamkeitsgründe, die aus der formellen Einheit hergeleitet werden, auch auf die Erbschaft des Pupillen durchschlagen. Hierzu gehört vor allem das Verbot des *iudicium patris oppugnare*, das in D. 29.2.40 sowohl für Marcell als auch für Julian die Entscheidungsgrundlage bildete. In D. 29.2.42 pr. kann aus der formellen Einheit der beiden Erbschaften nicht hergeleitet werden, daß der Pupillarsubstitut den Vatergläubigern hafte, während die traditionelle Auffassung auch hier zu seiner Inpflichtnahme kommen mußte.

Diesen - freilich nicht ausgesprochenen - Neuansatz versucht Marcell in D. 29.2.42 pr., durch die Erschütterung des traditionellen Verständnisses des *unum testamentum* mit zwei Argumenten zu rechtfertigen. Das eine ist rechtspolitischer (*utilitas*), das andere rein dogmatischer Natur. Die dogmatische Argumentation vermag gegenüber der traditionellen Lehre freilich wenig auszurichten⁶⁴; denn, wenn nach Julian der Substitut die Vatersschulden zu zahlen verpflichtet ist, dann entzieht er sich dieser Pflicht, indem er die *ex testamento* deferierte Erbschaft ausschlägt, um sie *ex lege* anzutreten. Das Edikt *si quis omissa causa testamenti* wäre nach dieser Meinung ohne Zweifel anzuwenden. Wahrscheinlich war der Adnotator sich der geringen Durchschlagskraft dieser seiner Begründung bewußt; ein zweites Argument fügt er deshalb hinzu: Die Substitutenhaftung laufe der *utilitas* des pupillus zuwider; denn es werde sich schwerlich ein Substitut finden lassen, der stets nur voller Furcht vor möglichen Lasten aus der väterlichen Erbschaft die Hinterlassenschaft des Unmündigen antreten könnte. Immerhin kann man dieser - zumindest wohl von Ulpian - rein rechtspolitisch empfundenen Hilfsbegründung auch eine dogmatische Seite abgewinnen: Wenn sich kein Pupillarsubstitut wegen des hohen Risikos zur Annahme der Pupillenerbschaft bereit findet, dann ist damit auch dem *iudicium testatoris* wenig gedient, denn den Eintritt der Intestaterbfolge wollte der Erblasser durch die Pupillarsubstitution gerade vermeiden.

64 Darauf weist Voci, DER II² 193 Fn. 70 mit Recht hin.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die utilitas pupilli nicht die Entscheidungsgrundlage des Marcell bildete⁶⁵, diese vielmehr in einer restriktiven Neuinterpretation der unum testamentum-Maxime zu suchen ist, wie auch D. 29.2.40 belegt. Die utilitas pupilli dient Marcell lediglich zur Erschütterung der Gegenposition und in zweiter Linie als Kontrollmaßstab für die eigene Lösung.

2. Auf Billigkeit scheint Marcell in D. 36.1.3 pr. (Ulp. 3 fid.) seine Entscheidung zu gründen. Der Sachverhalt, den die Note voraussetzt, ist jedoch in dem vorangehenden, von den Kompilatoren in die Papiniansmasse versetzten Celsusfragment überliefert. Der Juliansche Grundtext ist nicht erhalten.

D. 36.1.2 (Cels. 21 dig.):

Qui quadringenta reliquit, Titio trecenta legavit, heredis fidei commisit, ut tibi hereditatem restitueret, isque suspectam iussu praetoris adiit et restituit: quaerebatur, quid legatario dare deberes. dicendum est, quia praesumptum est voluisse testatorem cum onere legatorum fideicommissum restitui, tota trecenta te dare Titio debere: nam heres hoc rogatus intellegi debet, ut te suo loco constituat et quod heres perfunctus omnibus hereditariis muneribus, id est post legatorum dationem, reliquum habiturus foret, si non esset rogatus et tibi restitueret hereditatem, id tibi restituat. quantum ergo haberet? nempe centum: haec ut tibi daret rogatus est. itaque sic ineunda est legis Falcidiaae ratio, quasi heres trecenta Titio dare damnatus tibi centum dare damnatus sit: quo evenit, ut, si hereditatem sua sponte adisset, daret Titio ducenta viginti quinque, tibi septuaginta quinque. non ergo plus Titio debetur, quam si iniussu praetoris adita hereditas foret.

D. 36.1.3 pr. (Ulp. 3 fid.) = Pal. Jul. 565

Marcellus autem apud Iulianum in hac specie ita scribit: si ad heredis onus esse testator legata dixerit et heres sponte adiit hereditatem, ita

65 Unrichtig daher Vážný, Bull. 46, 96; Voci, DER II² 192; Beduschi 136.

debere computationem Falcidiaae iniri, ac si quadringenta per fideicommissum essent relicta, trecenta vero legata, ut in septem partes trecenta dividantur et ferat quattuor partes fideicommissarius, tres partes legatarius. quod si suspecta dicta sit hereditas et non sponte heres adiit et restituit, centum quidem de quadringentis, quae habiturus esset heres, resident apud fideicommissarium, in reliquis autem trecentis eadem distributio fiet, ut ex his quattuor partes habeat fideicommissarius, reliquas tres legatarius: nam iniquissimum est plus ferre legatarium ideo, quia suspecta dicta est hereditas, quam laturus esset, si sponte adita fuisset.

Jemand hat 400 hinterlassen und davon 300 dem Titius vermacht. Dem Erben war das Fideikomiß auferlegt worden, einem Dritten die Erbschaft zu restituieren. Er erklärte jedoch die Erbschaft für überschuldet und wurde daraufhin vom Prätor zum Antritt gezwungen. Nach Celsus hat der Legatar Titius 300 zu bekommen, der Fideikommissar die restlichen 100. Hätte der Erbe jedoch freiwillig angetreten, wären Titius lediglich 225, die Fideikommissar 75 zugekommen. Eine nach den vorausgegangenen Ausführungen unverständliche Folgerung wird am Ende des Fragments gezogen: Dem Titius werde nicht mehr geschuldet, als er haben würde, wenn der Erbe die Erbschaft nicht erst auf Geheiß des Prätors angetreten hätte.

Marcell's Note wird von Ulpian referiert: Soll nach dem Willen des Testators das Legat zu Lasten des Erben gehen und tritt der Erbe freiwillig an, so sei das dem Erben zustehende falcidische Viertel so zu berechnen, als seinen 400 dem Fideikommissar und 300 dem Vermächtnisnehmer hinterlassen. Die nach Abzug der dem Erben zukommenden Quart noch vorhandenen 300 teilten sich im Verhältnis 4:3 zwischen dem Fideikommissar und dem Legatar auf. Anders dagegen, wenn der Erbe nicht freiwillig die Erbschaft angetreten habe. Die 100, welche dem Erben nur bei freiwilligem Antritt zukommen, fielen dem Fideikommissar zu. Die restlichen 300 verteilten sich wie zuvor im Verhältnis 4:3; denn es sei unbillig, wenn der Vermächtnisnehmer nur deshalb mehr bekommen würde, weil der Erbe die Erbschaft für überschuldet erklärt habe, als er haben würde, wenn jener freiwillig angetreten wäre.

Der Satz in hac specie, der auf das vorangehende Celsusfragment Bezug nimmt, ist von Beseler⁶⁶ den Kompilatoren zugeschrieben worden. Die verschiedene Massenzugehörigkeit der fr. 2 und 3⁶⁷ stützt diese Auffassung nicht unbedingt. Die Kompilatoren könnten das Celsuszitat schon bei Ulpian gefunden und dann bei Celsus nachgeschlagen haben. Der von Celsus behandelte Fall ließ sich unschwer in die fortlaufenden, zusammenhängenden - bei fr. 1 beginnenden und bis fr. 3 fin. dauernden - Erörterungen Ulpians einfügen.

Indessen lassen sich andere kompilatorische Texteingriffe in beiden Fragmenten nachweisen. Schon Lenel⁶⁸ hat den Satz *dicendum est - Titio debere* in D. 36.1.2 als tribonianisch verdächtigt. Dem sind unter Beschränkung auf *quia praesumptum - restitui* fast alle Bearbeiter des Textes gefolgt⁶⁹. Daß der Fideikommissar die Last der Vermächtnisse zu tragen hat, ist eine Folge des SC Trebellianum, wonach er *heredis loco* steht. Freilich konnte der Erblasser auch ausdrücklich den Erben mit Vermächtnissen belasten⁷⁰. Die Kompilatoren haben hieraus eine *praesumptio* gemacht⁷¹.

Für die Beschränkung der Interpolationsannahme auf den Begründungssatz *quia praesumptum - restitui* spricht vor allen Dingen der Fortgang des Fragments. Das *tota trecenta te dare Titio debere* ist die Antwort auf die zuvor gestellte Frage *quid legatario dara debes*. Demgegenüber heißt es im Schlußsatz der Stelle: *non ergo plus Titio debetur quam si iniussu praetoris adita hereditas foret*. Danach soll Titius gerade nicht - wie zunächst festgestellt - *tota trecenta* zu beanspruchen haben. Die Annahme, die Kompilatoren hätten das *tota trecenta* eingefügt, ist abwegig; denn sie hätten dadurch den Widerspruch im Celsusfragment gerade geschaffen. Im Übrigen zeigt ein ähnlicher Eingriff in die Marcellusnote, daß sie nicht die in dem *tota trecenta ... debere* zum Ausdruck kommende Meinung, sondern die Ansicht, wie sie sich im Marcellusfragment fin-

66 SZ 66 (1948) 365.

67 Celsus Digesten gehören zur Edikts-, Ulpians libri fideicommissorum zu Papiniansmasse.

68 Pal. I 156 Fn. 3.

69 Mommsen, Dig. ad. h.l.; Gradenwitz, SZ 7 I (1886) 77; Stella Maranca, *Intorno ai frammenti di Celso* (1915) 130 u. Fn. 10; Ferrini, *Opere* 3 (1929) 422; Donatuti, *Le praesumptiones iuris* (1931) 43 ff.; Beseler, SZ 66 (1948) 392. Anders freilich Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten* II⁷ (1867) 552 ff.

70 D. 36.1.3 pr.; Voci DER II² 367; vgl. aber unten Fn. 71.

71 Donatuti 44; Voci DER II, 367 u. Fn. 128 handelt sowohl fr. 2 wie fr. 3 unter "lasciti ... imposti non specificamente" ab. Unter diese Rubrik fällt jedoch nur fr. 2; in fr. 3 heißt es dagegen ausdrücklich: *si ad heredis onus esse testator legata dixerit*. - Richtig Glosse a heredis onus ad. h.l.

det, favorisierten. Viel naheliegender ist, daß der Satz non ergo plus Titio debetur, quam si iniussu praetoris adita hereditas foret von den Kompilatoren stammt⁷².

Nach Celsus erhielt der Legatar die vollen 300, wenn der Erbe aufgrund des SC Pegasianum zum Erbschaftsantritt gezwungen wurde. Dann galt trebellianisches Recht, wonach der Fideikommissar heredis loco stand, gleichzeitig aber die pegasianische Quart verlor⁷³. Trat hingegen der Erbe freiwillig an, und mußte er die gesamte Erbschaft restituieren, konnte er nach dem SC Pegasianum ein Viertel der Erbschaft behalten und blieb damit aber den Nachlaßgläubigern gegenüber berechtigt und verpflichtet⁷⁴. Zog er das Viertel nicht ab, dann zwang man den Fideikommissar stipulationes emptae et venditae hereditatis abzuschließen, mittels derer der Fideikommissar bei Klagen aus Nachlaßforderungen und Schulden zum Prozeßvertreter in rem suam bestellt und somit nach außen hin berechtigt und verpflichtet wurde.

Celsus hatte wie Marcell nur diejenige Fallgestaltung vor Augen, in welcher der Erbe freiwillig antrat und das falcidische Viertel einbehielt⁷⁵. In diesem Falle seien Universal-

72 Zu radikal Beseler, SZ 66, 392, der ab heres hoc den ganzen Rest des Fragments streicht.

73 Gai. 2,258; UE 25,16; dazu Kaser RP I² § 190 IV (= S.762).

74 Ausgleichsansprüche bestanden dann nur im Innenverhältnis aufgrund der mit dem Fideikommissar nach dem Muster der stipulationes partis et pro parte, siehe dazu Gai. 2,257; UE 25,15.

75 A.A. Schindler, Justinians Haltung zur Klassik (1966) 181 u. Fn. 20, der offensichtlich an den Fall der Herausgabe der ganzen Erbschaft ohne Abzug der Quart denkt und deshalb beide Fragmente für interpoliert erklärt, weil dann in der Tat das Abzugsrecht des Erben, welches auch dem Fideikommissar zustünde, dem Kautionsmechanismus des SC Pegasianum widerspräche. Aber auch Voci, DER II, 367, auf den Schindler sich bezieht, ist mißverständlich. In D. 36.1.2 ist der Fideikommissar nur dann mit den Legaten belastet, wenn der Erbe vom Prätor zum Erbschaftsantritt gezwungen werden muß: denn nur dann steht er heredis loco. Tritt hingegen der Erbe freiwillig an und behält er ein Viertel der Erbschaft ein - so die 2. Alternative am Ende des fr. 2 - so bleibt der Erbe Dritten gegenüber allein verpflichtet. Deutlich wird dies auch in dem Satz: quasi heres trecenta Titio dare damnatus tibi centum dare damnatus.

fideikommiß und Einzelvermächtnis jeweils um ein Viertel zu kürzen. Der Erbe müsse also an den Legataren nur 225 und an den Fideikommissar 75 bezahlen, während ihm selbst 100 verblieben. Der Legatar bekam bei Celsus demnach im Falle des Zwanges des Erben mehr als bei der *aditio sua sponte*. Anders Marcell in dem freilich ein wenig abgewandelten Fall, daß der Erblasser ausdrücklich die Last der Legate dem Erben aufgebürdet hat.

Trotz Verschiedenheit der Sachverhalte waren jedenfalls die Kompilatoren der Meinung, daß beide Fälle gleich zu entscheiden seien. Das Ergebnis der Marcellusnote wurde von den Byzantinern in dem nam-Satz am Ende von fr. 3 zusammengefaßt und zu einem allgemeinen Prinzip erhoben. Ungeachtet der unterschiedlichen Interessenlage übertrug man den so gefundenen Grundsatz auch auf das Celsusfragment, wodurch der Anschein geschaffen wurde, als würde sich Celsus widersprechen. Indessen deutet das *in hac specie*, womit Ulpian den Bezug zur Marcellusnote herstellt, darauf hin, daß Marcell den gleichen Sachverhalt bei Julian nicht kritisierte, sondern lediglich im Wege der Sachverhaltsvariation den Geltungsbereich der mit Celsus Übereinstimmenden Julianentscheidung absteckte⁷⁶: Tritt der Erbe, dem die Last der Legate auferlegt worden war, freiwillig an und behält er ein Viertel des Nachlasses ein, so teilen sich Legater und Fideikommißnehmer die restlichen 300 im Verhältnis ihrer Anteile am Gesamtnachlaß. Anders als in fr. 2, wo die Legate letzten Endes zu Lasten des Universal-fideikommissars gehen, ist in fr. 3 pr. der Erbe hiermit belastet. Dies hat natürlich Konsequenzen für die Quotelung. Fest steht, daß die Erbschaft nur 400 enthält, während über 700 verfügt worden ist, wie Marcell in dem mit *ac si* beginnenden Nebensatz ausführt. Die beiden Zuwendungen müssen daher im Verhältnis 4:3 gekürzt werden, so daß der Legatar 128,57, der Fideikommissar 171,43 erhalten. Tritt der Erbe nicht freiwillig an, verliert er das *falcidische* Viertel. Dadurch erhöht sich aber nicht wie bei Celsus die an die beiden übrigen Begünstigten zu verteilende Masse: Es sind also

76 Diese Art von - nicht kritisierenden Noten - haben wir bereits kennengelernt; vgl. oben § 5 III.

nicht 400 statt 300 im Verhältnis 4:3 zu verteilen; vielmehr bekommt die dem Erben entgangenen 100 allein der Universal-fideikommissar, während die restlichen 300 im Verhältnis 4:3 auf beide entfallen.

Seine Entscheidung scheint Marcell damit gerechtfertigt zu haben, daß es unbillig sei, wenn der Legatar nur deshalb mehr erhalte, weil der Erbe zum Antritt der Erbschaft erst gezwungen werden mußte. In Wirklichkeit stammt der Schlußsatz des fr. 3 pr. nicht von Marcell, sondern - wie die gleiche Interpolation in D. 39.1.2 beweist - von den Kompilatoren. Anders als in fr. 2 brauchten sie jedoch das Ergebnis Marcells nicht zu korrigieren, lediglich die ihrer Meinung nach zugrunde liegenden Überlegungen mußten nachgeliefert werden. Bezeichnenderweise wird die Billigkeit auch erst ins Spiel gebracht, nachdem Marcell die eigene Lösung entwickelt hat.

Was aber nun war die Entscheidungsgrundlage Marcells? Nach unserem Dafürhalten ist sie in einer am Erblasserwillen orientierten typisierten Testamentsauslegung zu suchen. Es entspricht nicht dem Willen des Erblassers, daß der Erbe nur unter Zwang antritt. Er verliert das falcidische Viertel, weil er sich dem Willen des Testators widersetzt hat. Geht der Erblasser also davon aus, daß der mit einem Universal-fideikommiß belastete Erbe die Erbschaft freiwillig antritt, dann hat er dabei auch berücksichtigt, daß dem Erben das Recht zum Abzug der falcidischen Quart zusteht, was wiederum zu einer anteilmäßigen Kürzung der testamentarischen Zuwendungen führt. Mißachtet der Erbe den Willen des Testators und erklärt er die Erbschaft für überschuldet, so soll das dem Erben verlorene Viertel allein dem Universal-fideikommissar zufallen, weil der Erblasser dem Legatar ohnehin nur die um ein Viertel gekürzte Summe hat zuwenden wollen. Der Universal-fideikommissar als Gesamtrechtsnachfolger in das Vermögen des Erblassers ist andererseits durch diese seine Stellung gegenüber dem Begünstigten einer Einzelzuwendung (Legatar) jedenfalls dann privilegiert, wenn nach dem Willen des Erblassers der Erbe - und nicht der Fideikommissar, wie in l. 2 - die Last der Legate zu tragen hat. Der Fideikommißnehmer ist jetzt

nicht auf den Überrest eingesetzt, sondern die Zuwendung an ihn steht gleichrangig neben der an den Vermächtnisnehmer. Dies tritt deutlich in dem unterschiedlichen Ansatz in beiden Fällen zutage. In dem von Celsus entschiedenen Beispiel soll der Fideikommissar bekommen: *quod heres perfunctus omnibus hereditariis muneribus, id est post legatorum dationem, reliquum habiturus foret*, während Marcell davon ausgeht: *ac si quadringenta per fideicommissum essent relicta, trecenta vero legata*. Gestaltet sich bei Celsus das Verhältnis der Zuwendungen - ungeachtet des falcidischen Viertels - 3:1 zugunsten des Legatars, so ist es bei Marcell mit 4:3 zugunsten des Fideikommissars anzusetzen. Wenn daher bei Celsus Legatar und Fideikommißnehmer entsprechend ihrer Beteiligung am Gesamtnachlaß sich das dem Erben verloren gegangene Viertel teilen, bei Marcell hingegen der Fideikommissar allein in dessen Genuß kommt, so entspringen beide Entscheidungen einer typischen Berücksichtigung des Erblasserwillens, wie er in den testamentarischen Anordnungen zu Ausdruck gekommen ist.

Die von den Kompilatoren im letzten Satz von fr. 3 pr. gelieferte, auf die Billigkeit abhebende Begründung, paßt nicht. Zum einen schießt sie über das Ziel hinaus, weil Marcell sich ausdrücklich auf den besonderen Fall: *si ad heredis onus esse testator legata dixerit*, beschränkte, von dieser Beschränkung aber in der von den Kompilatoren nachgeschobenen Begründung nichts mehr übrig bleibt. Zweitens deutet das in hac specie darauf hin, daß Marcell den von Celsus und wohl auch von Julian erörterten Fall auch nicht anders entschieden hätte⁷⁷. Ungeachtet der für sie wohl nicht mehr erkennbaren Differenzierung Marcells haben die Byzantiner unter Rückgriff auf die Billigkeit die Lösung Marcells in fr. 3 pr. verallgemeinert und auf Celsus D. 36.1.2 übertragen⁷⁸.

77 Siehe oben Fn. 76.

78 Zu weitgehend wiederum Beseler, SZ 66,393, der in fr.3 pr nicht nur den nam-Satz streicht, sondern den gesamten Rest des Fragments, beginnend bei *centum quidem*. Immerhin hat er sowohl in D. 36.1.2 als auch in l. 3 pr. den scheinbar ausschlaggebenden Vergleich der Rechtspositionen im Falle des freiwilligen und des gezwungenen Erbschaftsantritts zurecht den Kompilatoren zugeschrieben.

Die aequitas ist auch kein Kriterium, an welchem sich die Entscheidungen des Celsus und Marcell messen ließen. Warum soll es unbillig sein, wenn in D. 36.1.2 der Legatar und der Fideikommißnehmer sich im Falle des Zwanges zum Antritt der Erbschaft die zusätzlich frei werdenden 100 entsprechend ihrem Anteil am Gesamtnachlaß teilen? Und ist es denn billig, daß der Fideikommissar allein von der Widerspenstigkeit des Erben profitieren soll? Man sieht, das Kriterium der Billigkeit taugt nicht, wenn man im Ergebnis dem Fideikommissar die dem Erben abgehenden 100 zuschlagen will.

Sowohl Celsus als auch Marcell begründeten ihr Ergebnis daher mit Recht auch nicht mit der aequitas sondern stützten sich auf eine am Erblasserwillen orientierte Interpretation des Testaments.

3. Entscheidungsgrundlage war die aequitas allerdings auch für Marcell in

D. 37.4.17 (Ulp. 35 Sab.) = Pal. Jul. 368.

Si pater se dederit in adoptionem nec sequatur eum filius emancipatus ab eo antea factus, quia in alia familia sit pater, in alia filius, bonorum possessionem contra tabulas non potest filius eius habere: et ita Iulianus scripsit. Marcellus autem ait iniquum sibi videri excludi eos a bonorum possessione, cum pater se dedit in adoptionem: ubi enim filius non datur in adoptionem, at pater se dat, nullum patrem filio adsignat: quae sententia non est sine ratione.

Julian verweigert dem filius emancipatus die bonorum possessio contra tabulas patris, wenn sich der Vater später hat arrogieren lassen, weil der Vater einer anderen Familie angehöre. Dagegen spricht sich Marcell für die b.p.c.t aus, da es unbillig sei, den emanzipierten Sohn auszuschließen, nur weil sich der Vater später habe arrogieren lassen. Anders als im Falle, in welchem der Sohn in Adoption gegeben werde, habe hier der Sohn keinen Vater (den er beerben könnte).

Den Schutz des formellen Notherbenrechts genießen die sui und außerdem - parallel zum prätorischen Intestaterbrecht der Klasse unde liberi - diejenigen emancipati, welche nicht mittlerweile zu einer anderen Familie gehörten⁷⁹. Schon Labeo⁸⁰ und nach ihm besonders die Juristen der zweiten Hälfte des 2. Jh. bemühten sich um eine stärkere Berücksichtigung der natürlichen verwandtschaftlichen Beziehungen (Kognationsprinzip)⁸¹, nachdem vor allem im letzten Jahrhundert der Republik Ansätze hierzu auch vom Prätor ausgegangen waren⁸². Die Juristen argumentierten allein mit der Billigkeit. So hat Labeo⁸³ es als "iustissime" empfunden, daß der Prätor die in Adoption gegebenen Kinder zuließ, wenn sie im Testament eingesetzt waren, und ein liber praeteritus die b.p.c.t. beantragte. Sie seien nämlich nicht gänzlich extranei⁸⁴. Ähnlich hat auch Julian in D. 37.4.13.2 (23 dig.) einen in Adoption gegebenen Sohn, den der Erblasser zum Erben eingesetzt hatte, zusammen mit dessen übergangenen Söhnen (Enkeln des Erblassers⁸⁵), die in der Gewalt des avus verblieben waren, zugelassen⁸⁵.

Am weitesten aber ging Marcell mit der Berücksichtigung der blutmäßigen Abstammung des Sohnes in D. 37.4.17, wo allein die Tatsache ausreichen soll, daß der emanzipierte Sohn durch

79 D. 37.4.8.11 (Ulp.-Lab. 40 ed.); D. 37.4.13 §§ 1 u.2 (Jul. 23 dig.); D. 37.4.14.1 (Afr. 4 quaest.); D. 37.6.4 (Paul 41 ed.); D. 37.4.3 §§ 7, 8 u.9 (Ulp. 39 ed.); D. 37.4.21 pr. bis § 2 (Mod. 6 pand.). In den genannten Quellen wird aber das erwähnte Prinzip durch zahlreiche Ausnahmen erheblich eingeschränkt. - Lit.: Francke, Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (1831) 123 ff.; Schmidt, Recht der Notherben (1862) 74; Moriaud, De la simple famille paternelle en droit romain (1910) 105 ff.; Bergmann, Beiträge zum römischen Adoptionsrecht (1912) 54 ff.; La Pira, Successione (1930) 262; Meinhardt, Die Scta Tertulianum und Orfitianum (1967) 269 ff.; Vacca, In tema di b.p.c.t., in, Bull. 80 (1977) 159 ff.; insb. 173 ff., 179 ff

80 D. 37.4.8.11 (Ulp.-Lab. 40 ed.).

81 Siehe oben die unter Fn. 79 genannten Quellen.

82 Cicero, Part. orat. XXVIII, 98; Val. Max. 7.7.5, dazu Vacca, a.a.O. 166 ff.

83 D. 37.4.8.11, hierzu statt aller Vacca 173 ff.

84 Insoweit gab es wohl eine besondere Klausel im Edikt, vgl. Lenel, EP³ 344.

85 Hierzu bedurfte es neben der oben Fn. 84 erwähnten besonderen Klausel für filii in adoptionem dati noch der entsprechenden Anwendung der von Julian selbst neugeschaffenen Klausel: de coniugendis cum emancipato liberis eius. - Vgl. auch D. 37.8.1.2 (Ulp. 40 ed.).

die arrogatio des Vaters nunmehr ohne zu beerbenden Vater da-
stehe. Wie der letzte Satz des Fragments nahelegt und
D. 37.4.3.9 (Ulp. 39 ed.)⁸⁶ beweist, hat dem auch Ulpian zu-
gestimmt⁸⁷. D. 37.4.14.1 (Afrikan 4 quaest.) zweigt, wie
schwierig in der 2. Hälfte des 2. Jh. der Weg hin zu einer
solchen Lösung war:

D. 37.4.14.1 (Afr. 4 quaest.).

Filius in adoptiva familia uxore ducta filium
sustulit eumque post mortem patris adoptivi
emancipavit: hunc nepotem contra tabulas avi
naturalis decreto posse petere bonorum pos-
sessionem respondit. item si filius emancipa-
tus sublato filio et emancipato adrogandum se
dederit et mortuo adoptivo patre decesserit,
et contra patris et contra avi tabulas ex de-
creto hunc admitti minime dubitari debere, ne
alioquin ab omnium bonis excluderetur.

Nachdem er mit Julian (respondit!) sich dafür ausgesprochen
hat, daß der nach dem Tode des Adoptivgroßvaters vom filius
in adoptionem datus emanzipierte Enkel die b.p.c.t. seines
natürlichen Großvaters ex decreto erhalte, kommt Afrikan

86 Si pater alicuius pervenerit in adoptivam familiam filius
non, an patris sui in adoptiva familia mortui bonorum pos-
sessionem accipere possit? et arbitrator humaniorem esse
hanc sententiam ut filius hic, quamvis non sit in eadem
familia in qua pater, ad bonorum possessionem tamen eius
admittatur.

87 Beide Fragmente sind in der Vergangenheit als von den Kom-
pilatoren verändert angesehen worden (La Pira, Successione,
264 Fn. 1 sowie Ind. itp. ad. h.l.). Zeugnis des justini-
anischen Gedankenguts seien das Abstellen auf die aequi-
tas bzw. die humanitas sowie die in I 3.1.14 und CJ 8.48.
10 (a.530) zum Ausdruck kommende, in dieselbe Richtung
weisende Tendenz der Byzantiner, die natürlichen Bande
trotz Adoptio aufrecht zu erhalten.
Was die humanitas in l. 3 § 9 anbetrifft, so hat schon
Krüger deren Echtheit bei Ulpian bestätigt (SZ 19 -1898-
30, 31); zu demselben Ergebnis kommen die bei Vacca 180
Fn. 52 zitierten Autoren. Darüber hinaus wäre des metho-
disch verfehlt, von der ganz unwahrscheinlichen Annahme
auszugehen, daß die Kompilatoren einen Meinungsstreit un-
ter den klassischen Juristen geschaffen hätten.

zur Entscheidung des auch in D. 37.4.17 und D. 37.4.3.9 überlieferten Falles⁸⁸. Auch hier läßt er die b.p.c.t. des pater und Großvaters ex decreto zu⁸⁹. Ex decreto bedeutet, daß eine nicht schon im Edikt verheißene b.p.c.t. gewährt wird. Ihre Erteilung richtet sich nach den Bedürfnissen des Einzelfalles und setzt eine causae cognitio voraus⁹⁰. Die b.p. ex decreto wird stets das letzte Mittel sein, das dem Prätor - nach der Julianschen Ediktsredation wohl nur in besonderen Fällen - zustand⁹¹. Sie war hier deshalb notwendig, weil auch bei extensiver Interpretation des Edikts dem filius emancipatus nicht zu helfen war. An der Tatsache, daß der Vater sich in alia familia befand⁹², führte kein Weg vorbei⁹³.

88 Diese Alternative beginnt mit item si. Zum ganzen Vacca, op. cit. S. 182 ff.

89 Voci DER I² (1967) 190 streicht die Worte contra patris et. Afrikan sei wie Julian (D. 37.4.17) der Auffassung gewesen, daß der Sohn gegen seinen natürlichen Vater die bonorum possessio contra tabulas nicht erlangen könnte. Afrikan habe aber ex decreto eine solche gegen den avus naturalis gegeben. Die Kompilatoren, welche der auch schon in klassischer Zeit vorherrschenden Meinung Marcellus und Ulpian gefolgt seien, hätten daher die Worte contra patris et eingefügt. Vocis Verdacht ist ganz und gar spekulativ. - Für Echtheit zurecht Vacca 183 Fn. 58.

90 Ebenso Martini, Causae cognitio pretoria (1960) 145 ff.; Meinhardt a.a.O. S. 99 u. Fn. 44; Voci, DER I 187 ff.; Kaser, RP I² § 176 II (= S. 720).

91 Zum Verhältnis der b.p. edictalis und decretalis vgl. Meinhardt 99.

92 Das si in alia familia non erunt war wohl Bestandteil der Ediktsklausel; Lenel EP³ 343 ff.

93 Anders in den Fällen, in denen der Großvater seinem emancipierten Sohn den Enkel, der in seiner Gewalt geblieben war (D. 37.4.3.7 -Ulp. 39 ed.- und D. 37.4.21.1 -Mod. 6 pand.-), oder der emancipierte Sohn den nach der Emanzipation erzeugten Sohn seinem Vater (D. 37.4.3.8 -Ulp. 39 ed.-) in Adoptio gegeben hatte. Hier war im ersten Fall der Enkel zur b.p.c. tabulas avi, im zweiten Fall zur b.p.c.t. patris zugelassen worden, weil die Zugehörigkeit zu einer anderen Familie hier nicht anzunehmen sei (D. 37.4.3.8: quasi non sit in alia familia). - Zum ganzen Vacca 188 ff.

Die schon in klassischer Zeit herrschend gewordene, von Marcell, Afrikan und Ulpian getragene Meinung, hat den Fall, daß der Vater den Sohn zur Adoption gegeben hat, anders entschieden, als die Fallgestaltung, in welcher der Vater nach der Emanzipation des Sohnes sich hat arrogieren lassen: Im ersten Fall wird der filius in adoptionem datus in einen neuen Familienverband eingegliedert und nimmt die Stellung eines suus ein, während im zweiten Fall der Vater dem Sohn das formelle Noterbenrecht entzieht, ohne ihm dafür einen Ersatz zukommen zu lassen.

In klassischer Zeit setzte sich die Überzeugung durch, daß der Vater sich der Pflicht zur nominatim exhereditatio nicht durch eine adrogatio entziehen könne. Gab der Vater den Sohn in Adoption, erlangte dieser gegenüber seinem Adoptivvater die Stellung eines suus mit sämtlichen hieraus resultierenden Rechten. Der Ausschluß der b.p.c.t. patris naturalis war hier nicht unbillig, da der filius in adoptionem datus ja ein formelles Noterbenrecht gegenüber seinem Adoptivvater erwarb. Dieses wurde ihm aber völlig entzogen, wenn der Vater durch seine eigene Arrogation den Sohn vaterlos machte. In diesem Fall gelangten die hochklassischen Juristen nach Julian zu der Einsicht, daß das altzivile Agnationsprinzip die blutsmäßigen Bande zwischen Vater und Sohn nicht gänzlich zerstören könne.

Diese mit der aequitas⁹⁴ forcierte Entwicklung im Bereich der b.p.c.t. liegt ganz auf der Linie der seit dem Ausgang der Republik sichtbar werdenden allmählichen Verdrängung der agnatischen Verwandtschaft durch die Blutsverwandtschaft⁹⁵. Die Billigkeitsentscheidung Marcells erscheint von daher in einem anderen Lichte. Sie entspringt nicht opportunistischer Neigung zur Bildung eines ius singulare, sondern gebraucht in einem Bereich, dessen dogmatisches Gefüge durch den Wandel der sozio-ökonomischen Familienverhältnisse in Auflösung begriffen ist, das Instrument der Billigkeit als einzig mög-

94 Eingehend Vacca, a.a.O. S. 159 ff., 165 ff., 179 ff.

95 Hierzu Kaser, RP I² § 84 I, 1 (= S.350).

liche Argumentationsfigur zum Zwecke der Rechtsfortbildung.

4. In Anlehnung an ein mit der aequitas begründetes Reskript des A. Pius (D. 4.1.7 pr., Marc. 3 dig.) will Marcell (D. 4.1.7.1) eine restitutio litis auch schuldlosen Prozeßparteien erteilen. Denselben Ausgangspunkt hat - unausgesprochen - auch die Note in D. 5.1.75 (Jul. 46 dig.)⁹⁶.

D. 5.1.75 (Jul. 46 dig.) = Pal. Jul. 633

Si praetor iusserit eum a quo debitum petebatur adesse et ordine edictorum peracto pronuntiaverit absentem debere, non utique iudex, qui de iudicato cognoscit, debet de praetoris sententia cognoscere: alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta et decreta praetorum. Marcellus notat: si per dolum sciens falso aliquid allegavit et hoc modo consecutum eum sententia praetoris liquido fuerit adprobatum, existimo debere iudicem querellam rei admittere. Paulus notat: si autem morbo impeditus aut rei publicae causa advocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandam vel exsequi praetorem ita iudicatum non debere.

Während Julian den Richter des Vollstreckungsverfahrens streng an das Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Beklagten bindet, läßt Marcell jedenfalls bei dolus des Gegners eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu. Eine weitere Ausnahme formuliert Paul: Wenn die Abwesenheit krankheitsbedingt oder von Staats wegen erforderlich war, sei die actio iudicati entweder zu denegieren oder die Vollstreckung einzustellen.

Das Fragment ist in der Literatur viel diskutiert⁹⁷. Für die radikale Streichung von non utique bis querellam rei admittere

96 Zur Emendation von 36 in 46 vgl. Lenel, Pal. I 441 Fn.3; Solazzi, Concorso dei creditori I (1937) 43.

97 Gradenwitz, Interpolationen in den Digesten, SZ 7 II (1886) 81 ff.; Eisele, Abhandlungen zum röm. Zivilprozeß (1889) 185 ff.; Wenger, Zur Lehre von der actio iudicati (1901) 232 ff.; Samter, Nichtförmliches Gerichtsverfahren (1911) 147 ff. u. Fn. 1; Steinwenter, Studien zum röm. Versäumnisverfahren (1914) 49 Fn. 3; 66, 67 Fn. 2; Wlassak, Zum röm.

re durch Beseler⁹⁸ besteht kein Grund. Mit Faber⁹⁹ und Gradenwitz¹⁰⁰ muß man jedoch annehmen, daß die Phrase *et hoc modo consecutum eum sententiam praetoris liquido fuerit adprobatum* nicht von Marcell herrührt, vielmehr ein nachklassischer oder kompilatorischer Einschub ist. Unverständlich ist der Konjunktiv, auffallend auch der Ausdruck *liquido approbatum*. Sachlich handelt es sich um ein Hysteron-Proteron¹⁰¹. In dessen beeinträchtigt die Streichung dieses Teiles nicht die Aussage der Note.

Die Vorladung mittels *edicta*, sowie das *decretum praetoris* deuten auf die *cognitio extra ordinem* hin¹⁰². Im ursprünglichen Text hat daher wohl nicht *praetor*, sondern *praetor fideicommissarius*¹⁰³ sowie *fideicommissum* statt *debitum* gestanden¹⁰⁴.

Julian lehnt die Überprüfung des Versäumnisurteils im Vollstreckungsverfahren mit einem *argumentum ad absurdum* ab¹⁰⁵: Die Autorität des Magistrats dulde keine Revision des Urteils im Erkenntnisverfahren. Dasselbe Argument findet sich bei Julian ein weiteres Mal in anderem Zusammenhang.

Provinzialprozeß II (1919) 79 ff.; Biondi, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in St. Bonfante IV (1930) 88 ff. = *Scritti giuridici* II (1965) 502 ff.; Aru, *Il processo civile contumaciale* (1934) 167 ff.; Beseler, *Unklassische Wörter*, SD 1 (1935) 285; Lemosse, *Cognitio* (1944) 146; Medicus, *Zur Urteilsberichtigung in der actio iudicati*, SZ 81 (1964) 272; Raggi, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* (1965) 342 ff.; Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* II (1973) 456 ff.; Kaser, *In integrum restitutio*, SZ 94 (1977) 152 ff.

98 A.a.O. S. 285: unklassisch angeblich allegare.

99 Rationalia ad h.l.

100 A.a.O. S. 81.

101 Gradenwitz 81, 82.

102 Wenger, op. cit. 233; Wlassak 79; Solazzi 47; Aru 167; Lemosse 146; Brutti 459 Fn. 159.

103 Wlassak 79 ff., Raggi, *Restitutio* 343 u. Fn. 130 m.w.N.; dazu auch Röhle, *Praetor fideicommissarius*, RIDA³ 15 (1968) 401 ff., 412 ff., 421.

104 Naber, *Mnemosyne* (1898) 266 u. Fn. 1; Wlassak 79 ff.; Beseler, A.a.O. S. 285; Lemosse 146; Raggi 343 u. Fn. 131.

105 Vgl. Bund, *Zur Argumentation der römischen Juristen*, in St. Volterra I (1971) 585 u. Fn. 33.

D. 43.8.7 (Jul. 48 dig.).

Sicut iste, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: Alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit.

Für uns ist lediglich der zweite Teil des Fragments von Belang: Wenn jemand ein Gebäude entgegen dem Edikt *ne quid in loco publico facias*¹⁰⁶ errichtet, muß dieses abgerissen werden, da sonst die Amtsgewalt des Prätors Schaden nimmt.

Sowohl in D. 5.1.75 als auch in D. 43.8.7 wird eine stark praxisorientierte Argumentation Julians deutlich¹⁰⁷. Der praxisnahen, formalistischen und nicht auf die Einzelfallgerechtigkeit abhebenden Entscheidung Julians setzt Marcell eine differenzierende Lösung entgegen: Der iudex solle eine querella des Beklagten auch jetzt noch zulassen, wenn der Kläger im Erkenntnisverfahren "*per dolum sciens falso aliquid allegavit*." Die Arglist des Klägers kann nur darin bestanden haben, daß er bewirkte, daß der Magistrat keine Kenntnis

106 Lenel, EP³ 458.

107 Bund, Untersuchungen zur Methode Julians (1965) 182 u. Fn. 50. - Allerdings gilt auch für Julian diese *Maxime* nicht uneingeschränkt. In D. 42.1.60 (Jul. 5 dig.) hat er entschieden, daß das Verfahren *apud iudicem* unterbrochen oder vertagt werden müsse, wenn eine von starkem Fieber geplagte Partei deshalb die Verhandlung verlassen hat. Ein dennoch ergehendes Urteil sei unwirksam. Bemerkenswert ist die Begründung Julians, worin auf einen 12 Tafelsatz (Tab. II, 2 "FIRA I S. 31) zurückgegriffen wird: *Morbus santicus ... aut status dies cum hoste ... quid horum fuit (vitium) iudici abitrove eo dies diffusus esto* (dazu Apelt, Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß - ohne Angabe des Erscheinungsorts und Zeitpunkts - S. 74 ff.; Brutti 461 ff.). Ein starkes Fieber - so Julian - sei ein *morbus santicus*. Die Nichtigkeit des Urteils beruht hier auf einem prozessualen Fehler, der die Autorität des Prätors nicht berührt. Im Übrigen dürfte darunter auch die Rechtssicherheit kaum gelitten haben, da nur ein ganz eng gefaßter Katalog der schwersten Krankheiten ein gültiges Urteil verhinderte.

von den die Abwesenheit rechtfertigenden Gründen bekam¹⁰⁸.

Marcell bewegt sich damit in derselben Richtung, wie sie von A. Pius in D. 4.1.7 pr (Marc. 3 dig.) eingeschlagen und von Marcell in D. 4.1.7.1 weiterbeschritten worden war.

Divus Antonius Marcio Avito praetori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: "Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. itaque si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est, confestim autem pro tribunali te sedente adiit: existimari potest non sua culpa, sed parum exaudita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest".

(1) Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium; etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest¹⁰⁹.

Ein Beklagter war im Kognitionsprozeß vor dem Prätor M. Avitus nicht pünktlich erschienen, weil er den Aufruf des Herolds

108 Raggi 343; Brutti 467. A.a. Aru 168, welcher die Arglist auf das Bestehen eines materiellrechtlichen Anspruchs bezieht. Arus Meinung ist nicht haltbar, da in diesem Falle Julian eine actio de dolo gewährt hätte (D. 4.3.20.1, dazu Wacke, In integrum restitutio propter dolum?, in SZ 88 -1971- 116). Daß Julian in D. 5.1.75 dem Verurteilten die Dolusklage habe zukommen lassen, wird von niemandem angenommen. Es braucht daher auf das Verhältnis der a^o de dolo zur i.i.r. wegen doli nicht eingegangen zu werden: Für Gleichsetzung der a^o de dolo mit der i.i.r. propter dolum mit beachtlichen Argumenten, Kupisch, In integrum restitutio und vindicatio utilis (1974) 241 ff.; grds. zustimmend Kaser, SZ 94 (1977) 143 ff.; daneben gab es wohl auch in Sonderfällen die prätorische Restitution. Für eine strenge Unterscheidung tritt die h.M. ein; vgl. noch Wacke, a.a.O. S. 107 ff., 116 ff.; ebenso Brutti 440 ff., 447 ff.

109 Charvet, Évolution de la restitution de majeurs en droit privé romain, (1920) 44, 119 ff.; Aru 161 ff.; De Dominicus, I destinatari dei rescritte imperiali da Claudio a Numeriano, in Annali Ferrara 8 (1950) 12 ff.; Raggi, 45 Fn. 49; Brutti 338, Longo, Rez. Brutti, in JURA 24 (1973) 291, die Echtheit des § 1 ebenso wie die bei Wacke a.a.O. S. 126 Fn.10 genannten Autoren bezweifelnd. § 1 enthält zumindest einen echten Kern: Richtig Wacke 126, zuletzt Kaser SZ 94 (1977) 152.

nicht gehört hatte¹¹⁰. Noch vor Schluß der Gerichtssitzung hatte er sich jedoch beim Prätor gemeldet. A. Pius ordnet auf Anfrage dieses Prätors die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand an. In § 1 will Marcell im Anschluß an dieses Reskript eine *restitutio litis*¹¹¹ weitergehend auch dann zulassen, wenn einer Partei infolge der Säumnis ohne eigenes Verschulden ein Nachteil erwachsen ist¹¹².

Grundlage der Wiedereinsetzung war für Antonius Pius die Billigkeit: *tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est*. Marcell bemüht in D. 4.1.7.1 neben der Billigkeit auch noch die *ratio*. Er will im Bereich der *extraordinaria cognitio* zwischen verschuldeter (ungerechtfertigter) und unverschuldeter (gerechtfertigter) Säumnis unterscheiden. Sowohl A. Pius als auch Marcell erweitern damit die i.i.r. über die im prätorischen Edikt (D. 4.6.1.1, Ulp. 12 ed.) genannten Tatbestände hinaus¹¹³. Das Kriterium für die Zulassung neuer Tatbestände wird in der Generalklausel des im Kognitionsprozeß zumindest entsprechend angewandten Edikts über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, D. 4.6.1.1 i.f. genannt:

-
- 110 Daß es sich auch hier um ein Verfahren des *extra ordinem cognitio* handelt, steht außer Zweifel. Ein Versäumnisverfahren gab es im Formularprozeß nur *apud iudicem* (Kaser, RZP § 54 V = S. 288; § 42 I = S. 224 ff.). In D. 4.1.7 pr. und § 1 hingegen wurde ein Prozeß vor dem Prätor versäumt. - Vgl. auch Kaser SZ 94, 152; Raggi, *Restitutio* 45 u. Fn. 49; 327 u. Fn. 110; Aru 161.
- 111 Die von Marcell in D. 5.1.75 genannte *querella* ist identisch mit der in D. 4.1.7 pr und § 1 erwähnten i.i.r. Richtig Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* (1961) 37 u. Fn. 17. Zum Meinungsstand, ders. S. 36 u. Fn. 18, 37 Fn. 19; vgl. auch Aru 167.
- 112 Zum Konkurrenzverhältnis zwischen judizialer (*a^o de dolo*) und prätorischer Restitution, das Gegenstand des letzten Satzes in D. 4.1.7.1 ist, siehe Wacke, SZ 88, 124 ff. Inwieweit die Ergebnisse Kupischs im Bereich der außerordentlichen Gerichtsbarkeit einer Einschränkung bedürfen, kann an dieser Stelle nicht erörtert werden. Hierzu - ansatzweise - Kaser, SZ 94 (1977) 152 ff.
- 113 Zur Schaffung neuer Tatbestände für die i.i.r. über die ausdrücklich im Edikt genannten hinaus - aufgrund der Generalklausel - vgl. Cervenca, *Studi vari sulla restitutio in integrum* (1965) 66 ff.; Kaser, RZP § 73 V u. Fn. 72 (= S. 390 ff.); Palazzolo, *Potere imperiale e organi giurisdizionali nel II secolo d.C.* (1974) 188 ff.

... item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituum, quod eius per leges plebiscita senatus consulta edicta decreta principum licebit. Wenn Marcell auf die iusta causa aequitas zurückgreift, argumentiert er wie in Nr. 3¹¹⁴ systemkonform; denn die Wiedereinsetzung selbst steht unter dem Regime der Billigkeit (D. 4.6.1.1 i.f.)¹¹⁵.

II. Die Untersuchung sämtlicher Notenfragmente im Zusammenhang zeigt, daß Marcell nicht auf außerrechtliche - und damit zugleich systemfremde - Argumentationshilfen zurückgreift. Auch dort, wo die utilitas¹¹⁶ oder aequitas ausdrücklich¹¹⁷ oder unausgesprochen¹¹⁸ in der Entscheidungsbegründung auftauchen, sind sie nicht die Entscheidungsgrundlage. Aequitas und utilitas dienen lediglich der Verwerfung der Gegenposition und in zweiter Linie als Kontrollmaßstab der eigenen, anderweitig begründeten Entscheidung¹¹⁹. Mitunter erscheint ein Zurückgreifen auf die aequitas auch deshalb nicht als Systembruch, weil das in Frage stehende (Teil-)system selbst mit diesen außerrechtlichen Begriffen durchsetzt ist¹²⁰.

114 D. 37.4.17 (Ulp. 35 Sab.).

115 Daß die Tendenz in der Folgezeit in die von Marcell eingeschlagene Richtung ging, zeigt die anschließende Paulusnote, die bei krankheitsbedingter oder von Staats wegen erforderlicher Abwesenheit stets Wiedereinsetzung gewähren will. Die spätere Zeit - etwa ab Diokletian - geht bei gerechtfertigter Abwesenheit gar von der Nichtigkeit der dennoch ergangenen Entscheidung aus; CJ 7.43.7; CJ 7.43.10 (Diocl. u. Max. a. 294), dazu Raggi, Restitutione, 346 ff.; ders. Impugnazioni 36 ff.; Kaser, Labeo 12 (1966) 248 (Rez. Cervenca, Studi vari und Raggi, Restitutione).

116 D. 29.2.42 pr. (§ 8 I,1)

117 D. 42.4.3 pr (§ 6 I,2); D.37.4.17 (§ 8 I,3).
In D. 36.1.3 pr rührt dagegen die Billigkeitsargumentation von den Kompilatoren her (oben § 8 I,2).

118 D. 5.1.75 (§ 8 I,4).

119 D. 42.4.3 pr.; D. 29.2.42 pr.

120 So in D. 37.4.17; D. 5.1.75.

Daß sich bei den limitierenden Noten¹²¹ die Begriffe utilitas und aequitas nicht finden, überrascht nicht. Diese Kategorie von Anmerkungen prägt die deutlich traditionalistische Orientierung Marcellis. Zweck- und Billigkeitsargumente von den republikanischen und frühklassischen Juristen noch weitgehendst gemieden¹²² tauchen bei den hoch- und spätklassischen Juristen dagegen ausschließlich im Zusammenhang mit der Etablierung juristischer Innovationen auf. Marcellis Beharren auf sicherer Ableitbarkeit seiner Entscheidungen verboten ihm den Rückgriff auf Zweckmäßigkeits- oder Billigkeitserwägungen. Seine Kreativität in der dogmatischen Bewältigung neuer Ansätze machten ihn entbehrlich. Hierin berührt sich sein juristisches Selbstverständnis mit dem der republikanischen Juristen und der Fachgenossen im frühen Prinzipat.

121 Dazu oben § 6.

122 Wieacker, SZ 94 (1977) 14 u. Fnn. 51 und 52.

§ 9 Ergebnisse

I. 1. Bevor wir die Ergebnisse unserer Untersuchung zusammenfassen, wollen wir uns noch einmal unsere Ausgangsposition vergegenwärtigen. 63 Noten des Marcell zu Julian sind uns in den Digesten, dem Codex Iustinianus, den Straßburger Fragmenten und in den Fragmenta Vaticana überliefert¹, davon 24 unmittelbar und 39 als Zitate späterer Klassiker oder Justinians. Etwa 85 Prozent aller indirekten Zitate - das sind immer noch über 52 Prozent der gesamten erhaltenen Noten - verdanken wir Ulpian². Wer bei dieser Überlieferungslage den Versuch unternimmt, Zweck, Inhalt und Werkindividualität der Noten Marcells zu bestimmen, muß auch die indirekten Überlieferungen in die Untersuchungen einbeziehen³, wenngleich die Scheidung des Zitats vom übrigen Kontext - gerade bei Ulpian - nicht immer ohne weiteres möglich ist. Hinzu kommt ein weiteres. Obwohl der Anteil der im 5. Kapitel behandelten verständnisfördernden Noten an der Gesamtzahl der überlieferten Anmerkungen nur etwa 27 Prozent beträgt, entfallen auf ihn über 54 Prozent aller direkten Noten. Das heißt: die Kompilatoren haben eingedenk des in C. Deo auctore §§ 4 und 8, C. Tanta pr. und §§ 1 und 10 (= C. Δεδοκεν

1 Lenel Pal. I, 633 Fn. 6 führt insgesamt 59 auf. Er faßt jedoch - anders als wir - D. 49.15.12.2 (Tryph. 4 disp.) und D. 41.3.15 pr. (Paul 15 Plaut.) zu Pal. Jul. 762 und D. 49.2.40 und eod. 1. 42 pr (beide Ulp. 4 disp.) zu Pal. Jul. 399 zusammen. Darüber hinaus sind bei Lenel fr. argent. 12, sowie die von uns als (verborgene) Note qualifizierte Stelle D. 36.1.28.2 (oben § 8 Fn. 63) nicht berücksichtigt.

2 Es entfallen auf Ulpian's libri ad edictum 19, auf die libri ad Sabinum 11, auf die Disputationen 2 Zitate und auf die Abhandlung über die Fideikommissie ein Zitat. Dreimal beziehen sich Paul - zweimal in den Quaestiones und einmal in seinen libri ad Plautium - je einmal Thyphonin in den Disputationen, Modestin in seinen libri differentiarum und Justinian im Codex auf Marcells Noten.

3 Ausführlich besprochen sind im Rahmen dieser Arbeit 56 Noten, davon 23 direkte und 33 indirekte Überlieferungen. Als unergiebig erwiesen sich neben den oben § 5 Fn. 2 genannten fünf Quellen auch D. 30.80 (Jul.-Marc. 32 dig.) und D. 30.53.2 (Ulp.-Marc. 25 Sab.), wo der Juliantext nicht mehr zu ermitteln war und auch der Inhalt dieser Quellen keinerlei Aufschlüsse für unsere Fragen gab.

pr. und §§ 1 und 10) dokumentierten Auftrags, Antinomien zu beseitigen, vorzugsweise solche Anmerkungen aus der byzantinischen Ausgabe der Julianschen Digesten in das Gesetzgebungswerk Justinians übernommen, die keine Kritik an Julian enthielten, während die kritischen Noten zum größten Teil das Nadelöhr der Kompilation nicht passierten⁴. Freilich wurden auch die großen Kommentare der Spätclassiker in erheblichem Maße von Zitaten gesäubert⁵. Aber der Glättungsprozeß war hier nur durch einen Eingriff in den Text zu bewerkstelligen, während die Noten, die sich auch durch den vorangestellten Namen ihres Verfassers deutlich abhoben, einfach übergangen werden konnten.

Die Beschränkung der Untersuchung auf die unmittelbar überlieferten Noten hätte darum nicht nur unsere Einsichten verkürzt, sondern auch das Gesamtbild von den Noten Marcellus verzerrt.

Bei der Bestimmung der Notenstruktur lag das Schwergewicht auf den direkten Quellen. Aber nur die "verständnisfördernden Noten"⁶ ließen sich nach Typen ordnen: entweder geben sie die Regel an, der die Entscheidung Julians folgt⁷; oder sie führen weitere Beispiele an, für welche die Julianlösung ebenfalls gilt⁸; oder sie variieren den Sachverhalt⁹ und

4 Dies läßt sich an vier Beispielen zeigen: D. 9.2.51 pr. (Jul. 86 dig.), Note nur bei Ulp. 18 ed., D. 9.2.11.3, dazu § 6 I,4; D. 13.6.19 (Jul. 1 dig.), Note in D. 19.2.41 (Ulp. 5 ed.), dazu § 7 II,8; D. 49.15.22.3 (Jul. 62 dig.), Note bei Paul 15 Plaut., D. 41.3.15 pr., dazu § 7 IV,14; D. 29.2.41 (Jul. 26 dig.), Note in D. 29.2.40 (Ulp. 4 disp.), siehe dazu § 8 I,1 d. Bei den nichtkritischen Noten können wir nur ein Beispiel anführen, in welchem die Kompilatoren die Note als überholt gekürzt haben: D. 15.1.16 (Jul. 12 dig.). Dazu gehörte ursprünglich ein weiterer Zusatz, der noch in D. 15.1.7.1 (Ulp. 29 ed.) erhalten ist; dazu § 5 I,5.

5 Man vergleiche nur FV 75.3 mit der Digestenversion D. 7.2.1.2 (Ulp. 17 Sab.), dazu oben § 6 I,5.

6 Dazu § 5.

7 Oben § 5 I.

8 Regelpostulation § 5 II.

9 § 5 III.

stecken damit den Geltungsbereich der Julianentscheidung ab¹⁰.

Heterogener ist das Bild der kritischen direkten Noten: Wo sie vom Grundtext Julians von den Kompilatoren losgelöst worden sind, enthalten sie abstrakte Lehrsätze und sind Rechtsregeln vergleichbar¹¹. Andere Noten kritisieren die Entscheidungen Julians meist nur in einem Punkt, indem sie Korrekturen anbringen¹², Ausnahmen aufzeigen oder distinguieren¹³. Gelegentlich führt die Wahl eines neuen Ansatzes aber auch zu einer völligen Ablehnung der Julianlösung¹⁴. Bisweilen auch entfernt sich Marcell durch Weiterentwicklung des Sachverhalts des Grundtextes gänzlich von der Problemstellung Julians¹⁵ und benutzt dann aber den Exkurs zur Polemik gegen Julian in einer anderen Rechtsfrage¹⁶.

Die Neigung Marcells zur Regelbildung¹⁷ und Distinktion¹⁸ ist auch noch in den indirekten Notenüberlieferungen greifbar. Andererseits finden sich hier weitaus häufiger Beispiele völ-

10 Hierher gehört auch D. 36.1.28.2 (oben S. 270 Fn.63), ein Fragment, das nach unserer Meinung eine Marcellusnote enthält. Neben dem inhaltlichen stützt auch das strukturelle Argument unsere Vermutung. Vielleicht ist auch D. 30.80 (Jul.-Marc. 32 dig.) zu dieser Kategorie zu rechnen. Der dazugehörige Juliankontext ist nicht mehr auszumachen.

11 D. 39.6.15 (§ 7 I,1) und D. 35.1.20 (§ 7 I,2).

12 D. 19.1.23 (§ 6 I,9).

13 D. 30.92. pr. (§ 7 II,4); D. 15.3.14 (§ 7 II,7); D. 5.1.75 (§ 8 I,4).

14 D. 36.1.26 pr. (§ 7 III,12); D. 28.5.40 (§ 7 II,6).

15 D. 23.3.44.1 (§ 7 III,13).

16 Begrenzte Zulässigkeit eines Vertrages zugunsten Dritter: D. 23.3.44.1 und D. 2.14.21.2 (Paul-Jul. 3 ed.) (§ 7 III,13).

17 D. 5.3.13.13 (Ulp.-Marc. 15 ed.) § 7 IV,17; D. 12.1.14 (Ulp.-Marc. 29 ed.), § 5 I,4.

18 D. 29.2.40 (Ulp.-Marc. 4 disp.), § 8 I,1; D. 16.1.8.2 (Ulp.-Marc. 29 ed.), § 7 II,3; D. 16.3.1.22 (Ulp.-Marc. 30 ed.), § 5 III,7; D. 19.2.41 (Ulp.-Marc. 5 ed.), § 7 II,8; D. 15.1.7.1 (Ulp.-Marc. 29 ed.), § 5 II,5; D. 34.3.5.2 (Ulp.-Marc. 23 Sab.) § 6 I,8.

liger Ablehnung der Julianlösung¹⁹, was wiederum kaum Überlieferungszufall sein kann.

2. Die Untersuchung des gesamten Marcellischen Notenapparats hat gezeigt, daß die überlieferten Anmerkungen ausnahmslos echt sind. Insoweit hat sich die Schulzsche Vermutung nicht bestätigt²⁰.

Wohl aber sind auch in den Noten Spuren einer Überarbeitung festzustellen. Die methodischen Schwierigkeiten, welche bei der Aufdeckung dieser Eingriffe insbesondere dort bestehen, wo Doppelüberlieferungen nicht zu Verfügung stehen, sind schon erörtert worden²¹. Was den Überlieferungszustand der Noten angeht, so versteht sich, daß die mittelbaren Zeugnisse das Schicksal des jeweiligen Werkes geteilt haben, dessen Bestandteil sie sind²². Wegen der engen Anlehnung der Anmer-

19 D. 15.1.9.8 (Ulp.-Marc. 29 ed.), § 6 I,7; D. 7.6.1 pr. (Ulp.-Marc. 18 ed.), § 6 I,6; D. 29.2.42 pr. (Ulp.-Marc. 4 disp.), § 8 I,1; D. 7.1.12.5 (Ulp.-Marc. 17 Sab.), § 7 IV, 15; D. 7.1.25.1 (Ulp.-Marc. 18 Sab.) § 6 I,11; FV 75.3 (Ulp.-Marc. 17 Sab.), § 6 I,5; D. 33.9.1 (Ulp.-Marc. 24 Sab.), § 7 III,11; D. 42.4.3 pr (Ulp.-Marc. 59 ed.), § 6 I,3; D. 4.4.11.5 (Ulp.-Marc. 11 ed.), § 6 I,1; fr. arg. 12 (Ulp.-Marc. 3 disp.), § 6 I,2; D. 46.1.8.8 (Ulp.-Marc. 47 Sab.), § 6,I,12; D. 41.3.15 pr. (Paul.-Marc. 15 Plaut.), § 7 IV,14; D. 49.15.12.2 (Tryph.-Marc. 4 disp.), § 7 IV, 14; D. 9.2.11.3 (Ulp.-Marc. 18 ed.) § 6 I,4; D. 48.10.14.1 (Paul.-Marc. 22 quaest.), § 6 I,10.

20 Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, S. 276 ff.

21 Oben § 2 I.

22 Es soll hier ein gerafftes Resümee genügen: 1. Vorjustinianische Überarbeitungen: a) Solche enthält der Kontext zu der in D. 12.1.14 (Ulp.-Marc. 29 ed.) überlieferten Note in D. 14.6.9.1 (Ulp.-Jul. 29 ed.), oben § 5 IV: Statt *condictionem patri ex omni eventu competere* muß es heißen *vindicationem competere*. b) D. 4.4.11.5 (Ulp.-Marc. 11 ed.), § 6 I,1: Steigerung einer *res necessaria* zur *res perneccsaria*. c) D. 16.1.8.2 (Ulp.-Marc. 29 ed.), § 7 II,3: Verwechslung der von Marcell angeführten Alternativen. *Prima visio* müßte sich auf *ut ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris.... suscipiat* beziehen. Die Variante *quasi debitor* wird erst als zweiter Fall erwähnt. d) D. 33.9.1 (Ulp.-Marc. 24 Sab.), § 7 III,11: Glossem ist die Beweisregel *nisi forte aliud tempus ... testator prae-stituit*. 2. Kompilatorische Texteingriffe: a) Stereotype

kungen an den Kontext Julians müssen auch Änderungen in den Julianfragmenten berücksichtigt werden.

a) Vorjustinianische Überarbeitungen finden sich lediglich in zwei Quellen:

aa) D. 36.1.28.11 (Jul.-Marc. 40 dig.)²³

Während Julian bei Vorenthaltung der Früchte dem Fideikommissar neben einer prätorischen actio in rem die hereditatis petitio fideicommissaria zur Verfügung stellte, verwies er ihn bei Konfusion der Schuld des Erben vor der Restitution der Erbschaft auf die hereditatis petitio fideicommissaria (necessarium est). Ein nachklassischer Bearbeiter ersetzte - da nunmehr konfundierte Rechte nach dem SC Trebellianum wieder hergestellt wurden - die hereditatis petitio durch eine actio auf die Schuld und verschmolz die beiden Fälle der Früchte und Schulden miteinander. Ein späterer Glossator fügte dann das vel ipsa praedia (man beachte die Reihenfolge: erst die Früchte, dann die Hauptsache) hinzu. Von einer substantiellen Änderung blieb auch die Note Marcells nicht verschont. Marcell übertrug die ein Universalfideikommiß betreffende Entscheidung Julians auf den Fall eines Teilfideikommisses. So wie bei Universalfideikommiß die hereditatis petitio fideicommissaria der einzig mögliche Rechtsbehelf für den Fideikommissar darstellte, stand beim Teilfideikommiß das iudicium familiae erciscundae utile allein zur Verfügung, um die durch Konfusion erloschene Schuld in Anrechnung zu bringen.

bb) Keinen Einfluß auf die Marcellusnote hatte die - im Übrigen nicht sinnentstellende - Glossierung des Julian-
textes in D. 15.1.16 (Jul.-Marc. 12 dig.)²⁴. Hier hat Julian für das nec peculium ei concesserit schlicht sine peculio geschrieben²⁵.

Interpolationen: D. 7.1.12.5 (Ulp.-Marc. 17 Sab.), § 7 IV, 15, Ersetzung der mancipatio durch die traditio. b) Textzusammenziehungen: aa) D. 42.4.3 pr (Ulp.-Marc. 59 ed.) § 6 I,3; bb) D. 19.2.41 (Ulp.-Marc. 5 ed.), § 7 II,8; cc) D. 29.2.40 (Ulp.-Marc. 4 disp.), § 8 I,1; c) Kontroversenglättungen: D. 7.2.1.2 (Ulp.-Marc. 17 Sab.) gegenüber FV 75.3. d) Kompilatorische Entstellung des klassischen Rechtszustandes zur Rechtfertigung einer eigenen Neuerung: CJ 7.7.1.1a, § 7 II,10, e) Sonstige Interpolationen: aa) D. 7.1.25.1 (Ulp.-Marc. 18 Sab.), § 6 I,11: retro; bb) D. 33.9.1 (Ulp.-Marc. 24 Sab.), § 7 III,11: indevotione coercenda; cc) D. 36.1.3 pr. (Ulp.-Marc. 3 fid.), § 8 I,2 nam iniquissimum est - fin.

23 Oben § 5 II,4.

24 Quis ergo causus est, quo peculium servi communis ad alterum ex dominis solum pertineat? in primis si quis servi partem dimidiam vendiderit nec peculium ei concesserit.

25 Oben § 5 II,5.

- b) Mechanische Fehler (Abschreibefehler) haben sich gleichfalls in die Noten eingeschlichen:

aa) D. 36.1.28.6 (Jul.-Marc. 40 dig.)²⁶, wo offensichtlich eine Textzeile und D. 36.1.28.2 (Jul.-Marc. 40 dig.)²⁷, wo lediglich der Name des Adnotators ausgefallen sind.

bb) Von einer unterschiedlichen Auflösung von Siglen bei Gelegenheit des Abschreibens dürften auch die wechselnden Noteneinleitungen (Marcellus oder Marcellus notat) herrühren²⁸.

- c) Gelegentlich enthalten die Noten auch Kompilatorenwerk:

aa) Neben den stereotypen Interpolationen wie der Ersetzung der *mancipatio* durch die *traditio*²⁹, der *sponsio* durch die *fideiussio*³⁰, tauchen manchmal auch zustimmende Äußerungen der Kompilatoren auf³¹. Ebenso kompilatorisch sind die Aufstellung der Beweisregel in D. 5.1.75 (Jul.-Marc. 46 dig.)³², die Substitution des *praetor fideicommissarius* durch *praetor* und das *fideicommissum* durch *debitum* an gleicher Stelle, sowie die *aequitas naturalis* in D. 50.17.66 (Jul.-Marc. 60 dig.)³³.

bb) Neun Noten sind von den Kompilatoren aus ihrem julianischen Kontext herausgelöst worden³⁴, bei vier von ihnen

26 § 5 III,4: *Plane non est compellendus adire, si iam filius bonorum possessionem (accepit, sed compelli potest si nondum agnovit filius bonorum possessionem) ne interdicat fideicommissum mortuo herede instituto et omisa a filio bonorum possessione.*

27 § 8, Fn. 63.

28 Dazu oben § 4 Fn. 25.

29 D. 28.8.12 (Jul.-Marc. 21 dig.), dazu § 5 I,1.

30 D. 48.8.22.4 (Jul.-Marc. 56 dig.), oben § 5 II,3.

31 D. 28.5.40 (Jul.-Marc. 30 dig.), § 7 II,6: *quod est verum*; D. 36.1.26 pr. i.f. (Jul.-Marc. 39 dig.), § 7 III, 12: *eoque iure utimur.*

32 § 8 I,4: *et hoc modo consecutum eum sententiam praetoris liquido fuerit adprobatum.*

33 Oben § 5 I,3.

34 D. 28.5.5 (Jul.-Marc. 29 dig.), § 5 I,2; D. 50.17.66 (Jul.-Marc. 60 dig.), § 5 I,3; D. 35.2.34 (Jul.-Marc. 42 dig.), § 5 III,2; D. 35.2.75 (Jul.-Marc. 40 dig.), § 5 III,3; D. 39.6.15 (Jul.-Marc. 27 dig.), § 7 I,1; D. 35.1.20 (Jul.-Marc. 27 dig.), § 7 I,2; D. 28.5.40 (Jul.-Marc. 30 dig.), § 7 II,6; D. 15.3.14 (Jul.-Marc. 12 dig.), § 7 II, 7; D. 30.80 (Jul.-Marc. 32 dig.).

ist der erläuterte Grundtext überhaupt nicht in die Digesten übernommen worden³⁵. In diesen Fällen dokumentieren die Noten den Abschluß einer Entwicklung³⁶ oder formulieren eine von den Kompilatoren über ihren ursprünglichen Geltungsbereich hinaus ausgedehnte Regel³⁷ und drängten wohl deshalb die Bedeutung des Julianfragments in den Hintergrund. Für die übrigen isolierten Noten konnte der dazugehörige Juliantext an anderer Stelle des Gesetzgebungswerks aufgefunden werden. Sogar die Gründe für die Trennung ließen sich eruieren³⁸.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Marcellischen Noten in der etwa 350-jährigen Geschichte vom Zeitpunkt ihres ersten Erscheinens³⁹ bis zur justinianischen Kompilation zwar Änderungen unterworfen waren, substantielle Eingriffe in größerem Umfang aber nicht erfahren haben.

II.1. Im 4. Kapitel haben wir zu zeigen versucht, daß nicht nur die Kompilatoren, sondern auch die Klassiker Ulpian, Paul und wohl auch schon Tryphonin⁴⁰ die Marcellischen Noten in einer Ausgabe der Digesten Julians lasen. Waren aber schon in klassischer Zeit die Noten Bestandteil des Hauptwerks, dann liegt die Vermutung nahe, daß Anlaß der Noten die Neuauflage der Julianschen Digesten durch den Adnotator selbst war. Als terminus post quem für die Ersterscheinung der notae dürfte das Todesjahr Julians (zwischen 170 und 185 n.Chr.)⁴¹ anzusetzen sein. Spätester Erscheinungszeitpunkt sind die Jahre 211 bis 217 n.Chr., in welchen Tryphons Disputationen⁴², Pauls Quaestiones⁴³ und Ulpians Ediktskommentar abgefaßt worden sind.

35 D. 35.1.20; D. 39.6.15; D. 50.17.66; D. 30.80.

36 D. 35.1.20; D. 39.6.15.

37 D. 50.17.66.

38 Dazu oben § 4 u. Fn. 5.

39 Vgl. § 5.

40 D. 49.15.12.2 (4 disp.); zur Stelle § 7 IV, 14.

41 Dazu § 5.

42 D. 49.15.12.2.

43 D. 31.82.2 und D. 48.10.14.1.

2. Da die Noten von Anfang an Bestandteil der Digestenausgabe Julians waren, folgen sie zwangsläufig dem Ordnungsschema der Digesten Julians⁴⁴. Das heißt: Die in den Büchern 1 bis 58 enthaltenen Noten folgen in der Auswahl des Stoffes der Ediktsordnung, während die Anmerkungen in den Büchern 59 bis 90 die *leges* und *SCa* zum Inhalt haben⁴⁵.

III. Aufschluß über die Werkindividualität sowie den Sinn und Zweck der Noten brachte die Kategorisierung der Anmerkungen. Drei Arten von *notae* lassen sich deutlich unterscheiden. 1. Die nichtkritischen, das Verständnis der Digesten Julians fördernden⁴⁶, 2. die - zumeist Neuerungen Julians - limitierenden⁴⁷ sowie 3. die rechtfortbildenden Noten⁴⁸. Sie stellen sozusagen das Programm des Gesamtnotenwerks dar.

1 a) Unkritisch begegnet uns die *nota* in den im 5. Kapitel behandelten Quellen. Hier beschränkt sie sich auf die Erklärung der Lösung Julians, indem sie die hinter der Julianentscheidung stehende Regel nennt, weitere Beispiele anführt, für welche die Entscheidung Julians auch gilt, oder den Sachverhalt variiert, um damit deren Geltungsbereich abzustecken.

Wegen der Trivialität der meisten hierher gehörigen Noten⁴⁹, können Adressaten dieser Gattung nicht die Fachkollegen gewesen sein. Wohl aber erklärt sich ihre Existenz, wenn man sich als Hauptzielgruppe der genannten Notenkategorie nicht die Kollegen oder erfahrenen Juristen, sondern die Rechtsschüler denkt. Das fehlende praktische und wissenschaftliche Eigen-

44 Dazu Schulz, op. cit. 285. - Zur Einteilung der julianischen Digesten siehe Lenel Pal. I 318 Fn. 2.

45 An die Ediktsordnung lehnen sich an die Fragmente Pal.Jul. 4 - 739, die *leges* und *SCa* betreffen Pal.Jul. 740 - 842.

46 § 5

47 § 6

48 § 7

49 Dazu oben § 5 und Fnn. 199 u. 200.

gewichtet wird hier durch den mit diesen Noten verbundenen Lehrzweck kompensiert. Unsere Vermutung wird bestärkt durch die Beobachtung, daß das in einigen Noten noch deutlich sichtbare Bemühen zur Regelbildung⁵⁰ Berührungspunkte mit den regulae-Werken klassischer Juristen aufweist. Bei den "Libri regularum" handelt es sich ebenso wie bei "Institutiones" um Elementarlehrbücher, die für den Rechtsschüler geschrieben worden sind. Darüber hinaus wird der Lehrcharakter auch durch Darstellung⁵¹ und Inhalt⁵² einiger Anmerkungen verdeutlicht.

b) Wir kennen die meisten Notenauforen zwar auch als Rechtslehrer⁵³. Daraus auf die Herkunft der notae aus dem (theoretischen) Rechtsunterricht zu schließen, ist nicht unbedingt zwingend. Die Herkunft der Anmerkungen Marcellus aus dem Rechtsunterricht machten Inhalt und Struktur zahlreicher Noten jedoch wahrscheinlich. Dort, wo die Noten den Geltungsbereich der Julianentscheidungen abtasteten, erinnerte dieses Vorgehen stark an die im Rechtsunterricht geführte Disputation, in welcher durch ständige Variierung des Sachverhalts die entscheidungserheblichen Tatbestandsmerkmale herausgearbeitet wurden.

2. Die Marcellusnoten waren indessen kein rein isagogisches Werk; denn die Digesten Julians dienten sicher nicht nur dem Rechtsunterricht. Ihnen ist vielmehr auch in der Diskussion der Fachkollegen sowie im täglichen Gerichtsgebrauch bis ins 3. Jahrhundert n.Chr. ein hoher Stellenwert einzuräumen. Von daher sollten die Fülle der kritischen Stellungnahmen und der durch ständige Sachverhaltsvariiierung dokumentierte theoretische Charakter der Noten nicht überraschen.

50 § 5 I u. II; § 7 IV, 17 (zu D. 5.3.13.13).

51 D. 39.6.13.1, § 5 III, 1.

52 D. 31.82.2, § 5 III, 6.

53 Dazu § 3 II. Von Marcell ist uns seine Tätigkeit als Rechtslehrer nirgendwo ausdrücklich belegt.

Als ein wesentliches Ziel der kritischen Noten haben wir im 6. Kapitel die Korrektur von "Ausreißern" in den Digesten Julians diagnostiziert. Dabei trat deutlich eine stärkere dogmatische Fixierung Marcells zutage, die seine Entscheidungen sicherer ableitbar macht, während Julian die Einordnung seiner Ergebnisse in die anerkannten und historisch gewachsenen Prinzipienzusammenhänge (Teilsysteme) oft vernachlässigte. Dogmatische Konsequenz und ein fast schon übersteigter Traditionalismus⁵⁴ prägen die limitierenden Noten, mit denen Marcell sich fast immer gegen Julian durchzusetzen vermochte⁵⁵. Gerade bei dieser Notengruppe zeigt sich der Einfluß, den die Noten Marcells auf die Rechtsentwicklung wie kein anderes Notenwerk genommen haben. Die Unbefangenheit Julians bei der Findung und Formulierung seiner Ergebnisse führte immer wieder zu Ausbrüchen aus dem vorgegebenen dogmatischen Gefüge. Marcells Entscheidungsfindung ermöglichte dagegen die Ausbildung weitgreifender Teilsysteme. Sein bleibendes Verdienst liegt in der Rückführung der Entscheidungen Julians auf die Erkenntnisse der historisch gewachsenen Zivilrechtsdogmatik.

War das wissenschaftliche Eigengewicht der limitierenden im Vergleich zu den verständnisfördernden Noten ungleich höher, so wird man gleichwohl zu erwägen haben, ob das Bemühen Marcells um die Einordnung der Julianentscheidung in die anerkannten Prinzipienzusammenhänge nicht auch mit didaktischen Zielsetzungen zusammengebracht werden kann. Eine sichere Aussage über die Wechselwirkung von betont dogmatischer Orientierung und mit den Noten verfolgtem Lehrzweck wird man jedoch erst nach einer gründlichen Untersuchung der übrigen Marcelluswerke, insbesondere seiner Digesten, machen können, die jedoch erst noch zu leisten sein wird.

⁵⁴ Vgl. D. 46.1.8.8 (§ 6 I, 12).

⁵⁵ Dazu Zusammenfassung § 6 II.

3. Die gelungene Einbettung in ein widerspruchsfreies Prinzipiengebäude und die sichere Ableitbarkeit der Ergebnisse unterscheidet die Rechtsfortbildungsansätze Marcellus⁵⁶ von den im 7. Kapitel kritisierten Neuerungen Julians. Daß hierbei der im 6. Kapitel diagnostizierte traditionelle Standpunkt Marcellus etwas in den Hintergrund tritt, liegt in der Natur der Sache. Die betont dogmatische Argumentation baut aber auch hier auf den Überkommenen Maximen auf und stellt eine Rückbindung des Neuen mit ihnen her. Originalität und Einfallsreichtum treten bei den rechtsforbildenden Noten am stärksten hervor und belegen eindrucksvoll, daß es sich hierbei nicht einfach um bloße Nachträge handelte, die vor allem den Zweck verfolgten, eine ältere Schrift auf den neuesten Stand zu bringen, sondern um dogmatisch fundierte eigene Gedanken, die als Denkanstöße die wissenschaftliche Diskussion unter den Fachkollegen beleben und das Recht in der praktischen Anwendung weiterentwickeln sollten.

56 § 7, Zusammenfassung § 7 V; siehe auch § 8.

Quellenregister

I. Juristische Quellen

Codex Theodosianus

1.4.1	33 Fn.8
3	16 u. Fn.109

Fragmenta Vaticana

2	191 Fn.93
75.1	123 ff.
2	124 ff., 127
3	15 Fn.108, 124 ff., 127, 163 Fn.217, 164 Fn.226, 293 Fn.5, 295 Fn.19
4	124 ff., 129 ff.
5	124 ff., 128
76	128 Fn.92, 129 Fn.95
77	126 Fn.85, 128, 129 Fn.95
82	15 Fn.108
266	49 ff.

Gai Institutiones

2,180	262
181	259 u. Fn.15
191	126 Fn.84, 128
205	202
244	96 u. Fn.174
251	93 Fn.166
255	87 Fn.146, 88 Fn.152
256	88 Fn.152
258	276 Fn.73
265	211
3,112	160 Fn.199
113	160
120	110 u. Fnn.16, 27
121	110 u. Fnn.23, 29
126	160
214	122 Fn.73
4, 73	136 Fn.118, 137 Fn. 121
98	64 Fn.71
116	48

Pauli Sententiae

1. 3.5	64 Fn.71
3.7	64 Fn.71

2,17,7	191 Fn.91
17,8	58 Fn.53
3, 7,2	77 Fn.105, 78
4,12,1	210 Fn.180

Straßb. Ulpianfragmente

1	195 Fn.114
8	15 Fn.108
11	109 Fn.22, 110, 111 Fn. 32
12	15 Fn.108, 33 Fn.10, 109 ff., 114, 163 Fn.215, 164 Fn.226, 295 Fn.19

Ulpiani Epitome

1,18	210 Fn.180
2,11	211
11,24	41 Fn.5
20,10	170 Fn.6
24,12	126 Fn.84
23	96 u. Fn.174
25,14	87 u. Fn.146
16	276 Fn.73

Corpus Iuris Civilis

Const. Deo	
auct. § 4	104, 292
8	104, 292

Const. Tanta

pr.	104, 292
§ 1	104, 292
§ 10	104, 292

Institutiones

2. 5. 5	16 u. Fn.111
12.pr.	171 Fn.9
20. 9	57 Fn.50
4. 3. 9	122 Fn.73
6.19	122 Fn.73
13	48

Digesta

2.14.10. 2	231,254 Fn.337	7. 2. 1. 2	123 ff.,293 Fn.5,296 Fn. 22
21. 2	230 ff., 254 Fn.337, 294 Fn. 16.	6. 1. pr.	130 ff.,163 Fn.218,253 Fn.336,295 Fn.19
3. 2,22	13	5. 1	131 Fn.100
4. 1. 7. pr.	285,288 ff.	8. 5. 4. 5	243 ff.,252 Fn.333
1	285,288 ff.		
2. 9. 7	205	9. 2.11. 2	120
9. 8	204 ff.,252 Fn.329	11. 3	116 ff.,117 Fn.50,163 Fn. 216,256,293 Fn.4,295 Fn. 19
10. pr.	207,208		
1	207,208	15. 1	118 ff.,122, 123 ff.
11	206	21. 1	121 Fn.69,122
14. 5	207 u.Fn.173	51. pr.	116 ff.,117 Fn. 50,120,123,256, 293 Fn.4
4.11. 4	107 ff.	51. 1	116 ff.,117 Fn.50,120 u. Fn.65,256
11. 5	106 ff.,163 Fn.215,295 Fnn.19,22.	51. 2	116 ff.,117 Fn.50,120 u. Fn.68,256
43	13		
6. 1. 1	60 ff.,289, 290	12. 1.14	51 ff.,195 Fn. 22
17. 1	61 u.Fn.64	6.26. 3	49 ff.
41	59 ff.,252 Fn.334	13. 4. 2. 7	33
43	62	6.19	197 ff.,293 Fn.4
5. 1.75	285 ff.,290 Fnn.118 u. 120,294 Fn. 13,297	14. 6. 9. 1	51 ff.,295 Fn.22
3. 9	247 ff.	15. 1. 5. 4	73,137 u.Fn. 121
13.12	248	7. pr.	73
13.13	246 ff.,252 Fn.332,294 Fn.17,300 Fn. 50	7. 1	70,73 ff.,293 Fn.4,294 Fn.18 135 ff.,295 Fn.19
13.14	248	9. 8	70 ff.,74,293 Fn.4,296 195 Fnn.111, 112,196
13.15	247,249	16	195 Fn.111, 112,196
45	246 u.Fn.299	27. 8	195 Fn.111, 112,196
7. 1.12. 5	239 ff.,295 Fn.19,296 Fn. 22.	32. pr.	195 u.Fn.114
19. 1	245 Fn.296	3. 1. 1	194
25. 1	154 ff.,163 Fn.221,295 Fn.19,296 Fn. 22		
2. 1. pr.	124,125		
1. 1	124,128 Fn. 92		

15. 3.12	192 ff.	28. 7. 8. pr.	173 Fn.19
13	192 ff.	8. 6	173 Fn.23,176
14	192 ff.,195,		Fn.36
	196,251 Fn.	8. 7	173 Fn.23,176
	325,294 Fn.		Fn.36
	13,297 Fn.34	8. 8	173 Fn.20
		14	174 u.Fn.33
16. 1. 2. 1	183 Fn.65	28	44,46,47
8. 2	177 ff.,251	8.12	297 Fn.29
	Fn.322,294		
	Fn.18,295 Fn.	29. 1.29. 2	175
	22	2.40	263 ff.,293
24. pr.	181		Fn.4,294 Fn.
3. 1.22	98 ff.,294 Fn.		18,296 Fn.22
	18	2.41	267 ff.,293
20	99		Fn.4
21	99	2.42. pr.	257 ff.u.Fn.
			6,290 Fnn.
19. 1.23	145 ff.,163		116,119,295
	Fn.220,294		Fn.19
	Fn.12	59	260
24. pr.	157 ff.		
31. 3	201 ff.	30.49. 4	187 ff.
2.41	114,197 ff.,	53. 2	292 Fn.3
	251 Fn.326,	80	292 Fn.3,294
	293 Fn.4,294		Fn.10,297 Fn.
	Fn.18,296 Fn.		34,298 Fn.35
	22	82. 2	57 ff.
		3	57 ff.
23. 1.20	172 ff.	92. pr.	183 ff.,251
3.44. 1	214,227 ff.,		Fn.323,294
	252 u.Fn.331.		Fn.13
57	229 u.Fn.250.	97	82 ff.
		113. pr.	95 ff.
26. 8.12	41 ff.,102		
	Fn. 199	31.20	127
27. 8. 7	110 Fn.28	82. 2	38,94 ff.,298
8	112		Fn.43,300 Fn.
			52
28. 2.16	48	32.11.20	187 Fn.78
4. 3. pr.	1,14 ff.,u.		
	Fn.101	33. 3. 5	96 ff.
5. 4. pr.	44 ff.,47	9. 1	214 ff.,252
4. 1	47		Fn.331,295 Fn.
4. 2	45 ff.,47		22
5. 5	43 ff.,297		
	Fn.34	34. 3. 3. 3	140 Fn.127
38. 5	189 ff.	3. 5	186 ff.,251
39	189 ff.		Fn.324
40	189 ff.,294	4.	189
	Fn.14,297	5. pr.	139,140 Fn.127
	Fnn. 31,34	5. 1	139,140 Fn.127

- | | | | |
|-------------|---|-----------------|--|
| 34. 3. 5. 2 | 139 ff., 141,
163 Fn. 219, 294
Fn. 18 | 40. 5. 24. 12 | 212 ff. |
| 6. pr. | 139 | 24. 13 | 212 ff. |
| 6. 1 | 139 | 31. 4 | 211 |
| 4. 3. pr. | 223 ff. | 41. 3. 15. pr. | 38, 233 ff., 252
Fn. 333, 293 Fn.
4, 295 Fn. 19 |
| 3. 1 | 223 ff. | | |
| 3. 2 | 223 ff. | 42. 4. 3. pr. | 112 ff., 163 Fn.
215, 257 Fn. 6,
290 Fnn. 117 u.
119, 295 Fn. 19,
296 Fn. 22 |
| 3. 3 | 223 ff. | 5. 28 | 261 ff., 268 |
| 10. 1 | 223 | | |
| 35. 1. 20 | 251 Fn. 321, 294
Fn. 11, 297 Fn.
34, 298 Fnn.
35 u. 36 | 43. 8. 7 | 287 |
| 2. 1. 8 | 217 ff., 220 | 25. 1. 3 | 132 |
| 34 | 82, 90, 297 Fn.
34 | 1. 4 | 132 ff., |
| 75 | 86 ff., 297 Fn.
34 | 46. 1. 8. 8 | 158 ff., 164 Fnn.
222 u. 228, 295
Fn. 19, 301 Fn. 54 |
| 86 | 86 ff. | 38. pr. | 161 |
| 36. 1. 2 | 273 ff. | 42 | 162 u. Fn. 212,
297 Fn. 30 |
| 3. pr. | 257 Fn. 6, 273 ff.,
296 Fn. 22 | 70. 2 | 162 u. Fn. 211 |
| 26. pr. | 214, 221 ff.,
294 Fn. 14, 297
Fn. 31 | 2. 19 | 180 |
| 28. 2 | 270 Fn. 63, 294
Fn. 10, 297 | 8. 22. 4 | 63 ff. |
| 28. 6 | 90 ff., 297 | 22. 5 | 63 ff. |
| 28. 11 | 67 ff., 296 ff. | 48. 10. 14. pr. | 151 Fn. 175, 153
Fn. 180 |
| 60. pr. | 68 | 14. 1 | 33, 38, 150 ff.,
153 Fn. 180, 164
Fn. 223, 295 Fn.
19, 298 Fn. 43 |
| 2. 19. pr. | 217 | 15. pr. | 151 Fn. 174 |
| 19. 3 | 141, 142, 143 | 49. 15. 12. 2 | 38, 237, 295 Fn.
19, 298 Fnn. 40
u. 42 |
| 37. 4. 3. 9 | 282 u. Fn. 86,
283 | 22. 3 | 235 ff., 293 Fn.
4 |
| 13. 2 | 281 | 50. 16. 9 | 199 ff. |
| 14. 1 | 282 ff. | 17. 66 | 48, 50, 297 u. Fn.
34, 298 Fnn. 35
u. 37 |
| 17 | 114, 257 Fn. 6,
280 ff., 290 Fn.
120 | 17. 122 | 50 |
| 39. 1. 2 | 132 | | |
| 6. 13. pr. | 75 ff. | | |
| 13. 1 | 75 ff., 81, 300
Fn. 51 | | |
| 15 | 170 ff., 177,
251 Fn. 320, 294
Fn. 11, 297 Fn.
34, 298 Fnn. 35
36 | | |
| 27 | 80 | | |
| 32 | 78 | | |
| 35. 2 | 80 | | |
| 42. 1 | 80 | | |

Codex Iustinianus

2.41. 1	107 Fn.16, 108 Fn.17
4. 5.10	16 u.Fn.112
16. 4	115 Fn.49
29. 2	181 Fn.63
5.31. 4	115 Fn.48
34. 8	115 Fn.49
75. 3	112 Fn.36
75. 4	112 Fn.36
6.30.20. 2	271 Fn.63
43. 1	184 Fn.71
50. 5	171 Fn.12
7. 7. 1. 1	209
7. 1. 1a	16 u. Fn.112, 30 u. Fn. 2, 209 ff., 296 Fn.22
7. 1. 1b	209
7. 1. 5	209
7. 1. 7	209
31. 1. 5	41 Fn.4
43. 7	290 Fn.115
43.10	290 Fn.115
8.56. 4	80 u.Fn.126, 81
Novellae	
87	80,81

Basiliken

13. 1.19	199
20. 1.39	201 Fn.138
23. 1.19	80
47. 3.13	80
48.14. 4	210

Codex Euricianus

308,2	77 Fn. 105, 78
-------	----------------

Lex Visigotorum

5,2,6	77.Fn.105
-------	-----------

II. Inschriften

CIL	III,3307/10285	= ILS (Dessau)	3795	3,5 ff.
CIL	VII, 504	= ILS (Dessau)	4715	
		= RIB	1329	3,5 ff.
CIL	VII, 592	= RIB	1464	3,5 ff.
		RIB	1463	3,5 ff.

II. Nichtjuristische Quellen

Cicero, Orat. XXVIII, 98	281 Fn.82
In Verr. II, 1,47	
123 u.124	173
Dio Cassius 72,8,2-6	11 u. Fn.77, 12

Hist. Aug. Vita Marci	10,4 - 5	11
Vita A. Pii	12,1	2
Plinius, Epistulae	1,22,6	27
Seneca, Controv.	9,3,(26),9	206 Fn.167

Lebenslauf

Ich wurde am 10. Juli 1952 als Sohn des technischen Angestellten Gustav Rastätter und der Karolína Rastätter in Karlsruhe geboren.

In den Jahren 1959 bis 1962 besuchte ich die Grundschule in Bietigheim und von 1963 bis 1971 das Tulla - Gymnasium in Rastatt. Am 16. Juni legte ich am Tulla - Gymnasium die Reifeprüfung ab und nahm zum WS 71/72 das Studium der Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg auf. Daneben widmete ich mich bis zur Zwischenprüfung im SS 1973 dem Studium der Volkswirtschaftslehre.

Am 20. Juni 1975 legte ich die Erste juristische Staatsprüfung ab.

Während ich in den Jahren 1975 bis 1977 den juristischen Vorbereitungsdienst in Freiburg ableistete, war ich daneben am Lehrstuhl für Bürgerliches und Römisches Recht (Professor Wolf) als wiss. Hilfskraft und wiss. Angestellter tätig.

Am 12. August 1977 bestand ich die Zweite juristische Staatsprüfung.

Vom Dezember 1977 bis August 1979 war ich wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Professor Liebs).

Im September 1979 trat ich als Richter in den Landesdienst. Derzeit bin ich Notar in Karlsruhe.

